

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE SUR LES ORIGINES ET LES CARACTÈRES

DE

L'AUTORISATION MARITALE

DANS L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le vendredi 20 décembre 1901, à 2 h. 1/2

PAR

ADRIEN SIRAMY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. LEFEBVRE.

Suffragants : { MM. MASSIGLI, } professeurs.
SALEILLES, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1901

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE SUR LES ORIGINES ET LES CARACTÈRES

DE

L'AUTORISATION MARITALE

DANS L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le vendredi 20 décembre 1904, à 2 h. 1/2

PAR

ADRIEN SIRAMY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



Président : M. LEFEBVRE.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, { professeurs.
SALEILLES, }*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1904



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550225_0029

ÉTUDE SUR LES ORIGINES ET LES CARACTÈRES
DE
L'AUTORISATION MARITALE
DANS L'HISTOIRE DU DROIT

INTRODUCTION ET PLAN

Notre sujet paraît vaste ; montrons donc bien les limites dans lesquelles nous avons voulu l'enfermer. Et d'abord, ce n'est pas une étude complète de tout ce qui touche à l'autorisation maritime, une analyse détaillée de ses différents cas d'application que nous avons voulu faire, car il y aurait là matière à de trop longs développements. Notre intention a seulement été de préciser la conception de l'autorisation maritime, l'idée même que l'on s'en est fait aux différentes époques, et de montrer l'évolution de cette idée depuis le jour où elle a été érigée en institution juridique jusqu'au Code civil.

Aussi après avoir exposé assez brièvement la question si controversée de ses origines, nous prendrons l'autorisation maritime au XIII^e siècle, c'est-à-dire dès le moment où ses caractères paraissent nettement fixés dans

une coutume juridique. Nous essaierons de montrer quelle a été la cause et quel était alors le but de cette institution ; nous verrons que, chez nos premiers auteurs, chez Beaumanoir surtout, cette conception répondant parfaitement au sentiment d'union intime des époux, sous le régime de communauté, était, malgré une certaine rudesse, à la fois très naturelle et très juridique. Puis, dans notre seconde partie, nous constaterons le formidable essor que prit au XV^e siècle la renaissance du droit romain, débordant et déformant parfois notre droit coutumier. Cette influence d'une législation mal interprétée se rencontrant avec le droit canon qui n'avait pas oublié le péché de la première femme, a complètement dénaturé la conception première de l'autorisation maritale. Les auteurs alors ne s'entendront même plus bien sur le fondement qu'il lui faut donner, et le système définitivement adopté du XVIII^e siècle ne ressemblera plus du tout à la construction si nette et caractéristique de nos premiers jurisconsultes. Le Code civil enfin, fort embarrassé, se décidera pour un système éclectique et bâtard, donnant à la fois une part à Beaumanoir, à Dumoulin et à Pothier et conservant malheureusement certains errements des auteurs du dernier siècle.

Le principal but de l'histoire du droit est de montrer comment une institution naît et se développe, comment elle dévie parfois de ses primitives données, pour en arriver finalement à ne plus revêtir le même aspect, et

à ne plus avoir pour raisons d'exister les mêmes qui ont dicté son établissement. A ce point de vue, l'étude que nous allons tenter sur l'autorisation maritale, presque différemment envisagée et comprise par chaque siècle, est véritablement un exemple de l'utilité de l'histoire du droit.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINES.

C'est généralement sur le terrain des origines d'une institution qui a ses racines dans un lointain passé que les jurisconsultes se livrent aux plus âpres discussions. Il est en effet très difficile, dans ces coutumes touffues que nous ne connaissons que par les récits souvent contradictoires des historiens, de discerner le véritable germe qui, grandissant peu à peu sous l'impulsion nouvelle de chaque génération, est devenu la loi de tout un peuple moderne. Il en est ainsi de l'autorisation matrimoniale. Où trouver ses origines ? Dans quel code ébauché des législations primitives serons-nous sûrs de rencontrer ses premières traces ? Plusieurs opinions ont été soutenues dans ce difficile débat, nous les passerons assez rapidement en revue pour donner ensuite notre conclusion.

Pour que nous répondions à notre question, il ne nous suffira pas de trouver un pays où la femme occupait une condition inférieure par rapport à l'homme ; il ne nous suffira pas de produire un état de mœurs plus ou moins précises, assujétissant brutalement le sexe féminin au sexe masculin. Non ; chez tous les peuples anciens, et

encore actuellement dans tout l'Orient, la femme est grossièrement abaissée, mais ce sont là des conceptions générales et vagues auxquelles nous ne devons pas nous arrêter. Ce que nous cherchons, c'est une coutume bien nette, bien dessinée, organisant pour la femme mariée un système juridique d'incapacité.

Dans toutes les législations anciennes, disons-nous, la femme n'avait pas sa place à côté de l'homme. Elle ne jouissait pas de droits égaux. Mais il y avait là une incapacité générale et perpétuelle, nullement réservée à la seule épouse, et où par conséquent nous ne trouvons rien d'analogue à l'autorisation maritale. En Grèce, par exemple, la femme dédaignée plutôt que maltraitée, subit une tutelle qui s'établit avec sa naissance et dure jusqu'à sa mort. Pendant le mariage, elle est exercée par le mari qui gouverne sa personne et ses biens tout en restant comptable et responsable devant la République elle-même (1). Il n'y a donc pas là un état qui découle de la puissance du mari, c'est une institution inhérente au sexe. De même en Gaule. On a parfois voulu voir dans certaines lignes de César l'origine de notre communauté et même de l'autorité maritale : *Viri in uxores sicut in liberos vitae necisque habent potestatem*, dit César. Sans compter que nous avons trop peu de renseignements sur les coutumes celtiques, cette phrase même nous paraît plutôt la négation de l'idée

(1) Gide, *Etude sur la condition de la femme*, p. 81.

d'autorisation maritale. En effet, ce pouvoir absolu du mari qui, comme celui du *paterfamilias* romain, s'étend aussi bien aux descendants qu'à l'épouse, n'est guère conciliable avec la notion d'un droit et d'une personnalité juridique de la femme. Le chef unique est tout ; sa personne absorbe tous les autres membres de la famille et les droits de ces derniers se confondent et se limitent aux siens. Cette puissance du mari, très durement constituée ne ressemble en rien à celle des législations modernes où la femme, personne juridique, a seulement besoin d'être complétée et assistée dans les actes de la vie extérieure. La *potestas* du mari gaulois ne part donc pas du tout du même point de vue que nos Codes civilisés.

Nous ferons les mêmes réflexions à propos d'un texte de Gaius assez souvent cité. « Apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminae ; sed tamen plerumque quasi in tutela sunt ; ut ecce lege Bithynorum, si quid mulier contrahat, maritum auctorem esse jubet aut filium ejus puberem », dit Gaius (*Institutes*, I, 193). Ce n'est pas du tout notre conception de l'autorité maritale, puisque le fils pubère peut exercer cette tutelle aussi bien que le mari. Il n'y a pas un droit réservé à lui seul, dans son intérêt propre ou même dans celui de la femme, comme l'impliquera plus tard l'idée d'autorisation (1).

(1) Dans des papyrus égyptiens récemment découverts, on voit aussi que la femme, mariée ou non, ne se présente dans les actes

Le droit romain a connu la tutelle des femmes, incapacité générale inhérente au sexe ; il a ignoré le principe plus moderne d'autorité du mari, et l'incapacité spéciale à l'épouse. Dans le mariage *in manu* lui-même, on ne peut trouver le germe du système actuel. D'abord, la *manus* pouvait appartenir à un autre qu'au mari, au *paterfamilias* s'il existait encore. La femme, agnate du *pater*, sortie de son ancienne famille, est dans une complète dépendance ; juridiquement, elle devient la fille de son beau-père, la sœur de ses enfants et de son mari également *in potestate patris*. Et si le mari lui-même est chef de famille, s'il a la *manus*, la personnalité de la femme disparaît toujours, elle est absorbée, presque asservie. Conception bizarre et peu naturelle, où l'épouse est fille de son époux, et sœur de ses enfants ! La puissance que le mari a sur elle n'est pas un effet civil du mariage. Il n'est pas « le maître » parce qu'il est *maritus*, mais parce qu'il est *paterfamilias* ; sa femme lui est soumise, non comme *uxor*, mais comme *agnate*. Enfin dans le mariage sans *manus*, c'est l'indépendance complète des deux époux, l'un vis-à-vis de l'autre. La fille qui se marie ne sort plus de sa famille, elle n'entre plus dans celle du mari. Elle reste sous la *potestas* de son père, son mari n'a plus aucun droit sur elle ; entre eux, aucun lien conjugal dans le

qu'assistée d'un « *νυμφος* » qui est ou son mari, ou un autre parent. C'est toujours la même idée de tutelle perpétuelle (*Nouvelle Revue historique de Droit*, 1894, p. 685).

vrai sens du mot, aucune communauté légale de biens, de nom, d'existence même ; civilement, elle n'est plus parente de ses enfants. Si elle a des biens, elle en jouira librement assistée de son tuteur, et après la désuétude de la tutelle perpétuelle, elle en disposera sans aucun contrôle. Dans ce mariage qui n'a de l'union que le nom, le mari a reçu une dot pour subvenir à toutes les charges du ménage. Aussi, peu lui importe que la femme puisse gérer ses paraphernaux selon ses caprices. Ainsi, ni dans le mariage sans *manus*, ni dans le mariage avec *manus*, nous n'apercevons le principe de l'autorisation maritale.

Cependant, ce libertinage des femmes ne dura pas autant que l'empire romain. Il vint un temps où plus de morale pénètre les ménages, où plus d'intimité préside à la vie conjugale, où les lois elles-mêmes et les mœurs surtout tendent à resserrer les liens du mariage, à souder les intérêts des époux. Il semble que s'infiltrait dans les unions un peu de la belle définition de Modestin : *humani et divini juris communicatio*. Bien que le droit romain du Bas-Empire soit toujours resté très loin de cette conception idéaliste du mariage, il paraît bien néanmoins, sous une influence très forte que nous étudierons, s'en être un peu rapproché. A partir de Constantin, on voit assez de femmes donner à leur mari mandat général d'administrer leurs biens (1). Des

(1) Il suffit de rappeler la *Laudatio Turiae*, qui contient un bel exemple d'administration déjà antérieure à l'empire (Girard,

textes prévoient cette situation créée par les usages. On dépasse même l'idée de mandat, et le mari aura encore valablement administré les paraphernaux, s'il l'a fait « au vu et au su » de sa femme, *cum conscientia uxoris* » (1). Aperçoit-on déjà dans ce mariage ainsi renouvelé par les mœurs l'autorisation maritale ? Non. C'est à peine si à côté de cette gestion plus commune des intérêts, le mari acquiert une certaine prépondérance dans le ménage. Quelques textes parlent seulement d'une assez vague *reverentia* qui ne rappelle en rien l'idée d'autorité, et, d'autre part, c'est à peine si l'on voit poindre la notion de la protection due à la femme : quand une injure a été faite à celle-ci, c'est le mari qui exercera l'action (2). Mais enfin ce sont là quelques solutions isolées sur des points très particuliers ; on peut dire que le droit romain n'a pas conçu le rôle du mari chef de l'union conjugale, investi à cet effet du droit d'autorisation, et soumis au devoir de protection. Ou plutôt, si le Bas-Empire a eu cette conception, il ne l'a pas voulu graver dans une loi, sanctionner dans un

Textes, III, p. 701). Voir aussi la loi au Code, *De pactis conventis*, titre XIV, rapportée plus loin.

(1) *Consultatio veteris jurisconsulti* : n° 2 (2) «... nec pesse aliquid firmum et stabile esse, quod sine conscientia uxoris de rebus uxoris, visus fuerit transegisse.... » et n° 2 (4) «... Adde quod sine uxoris conscientia maritus dicitur definisse, qualem poterit virtutem.. » ?

(2) D. L. XXIV, titre III, f. 14, Ulpian : «.... quippe cum contra receptam reverentiam quæ maritis exhibenda est, id esse apparet.

Et D. L. 47, T. 10. f. 2 (Paul) : « Quod si viro injuria facta est, uxor non agit ; quia defendi uxores a viris, non viros ab uxore æquum est. » Et aussi : Gaius, *Institutes* 3, 221 (la deuxième phrase).

texte. Il n'a pas osé heurter de front tout le vieux droit romain si savamment et juridiquement édifié ; il n'a pas été assez hardi pour faire table rase de toute l'ancienne législation du mariage (1). On voit des révolutions dans l'ordre social ; on n'en voit point de brusques et de violentes dans l'ordre juridique ; il faut qu'elles soient mûrement et longuement préparées.

Si la plupart des auteurs s'accordent pour dénier aux coutumes grecque, romaine, ou celtique une grosse influence sur le développement de l'autorisation maritale, ils sont aussi presque unanimes à donner à cette institution une origine germane. C'est dans le vieux droit germain, antérieur aux invasions, qu'ils vont chercher les premiers vestiges de l'incapacité juridique de la femme mariée. Et voici brièvement cette théorie : Toute femme germane était en tutelle perpétuelle, et cette tutelle portait le nom de *mundium* du vieux mot saxon *mund* qui signifie *la main*, symbole de la force. Fille, elle est sous le *mundium* du père, et à son défaut, du frère ou de tout autre parent paternel. Epouse, ce droit appartient au mari ; veuve, il est exercé par les héritiers du mari, et en général par le fils. Ce *mundium* marital, le seul qui nous intéresse, est d'ailleurs acheté

(1) La loi 8 au Code, *de Pactis conventis*, t. XIV, semble bien prouver ce fait : « Quamvis enim bonum erat, mulierem, quæ se ipsam marito committit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari, attamen, quoniam conditores legum æquitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente virum in paraphernis se volumus immiscere. » (Ce texte est de 450.)

au père de la jeune fille ou à celui qui l'exerçait à sa place. La femme et le *mundium* sont remis à l'époux moyennant une somme d'argent payée par ce dernier. On dit même que la dot germanique *ex marito* représentait ce prix qui finit ainsi par être versé à la femme elle-même, c'est-à-dire à l'objet acheté. Ce *mundium* n'était point seulement, dit-on, un usage vague et peu précisé, mais une véritable coutume organisée en droit. En outre d'un droit de puissance sur la femme, le mari acquérait des droits sur ses biens : administration et jouissance, impossibilité pour l'épouse d'accomplir un acte sans autorisation, privilège de la représenter en justice. Des textes sont invoqués à l'appui de cette théorie. D'abord, c'est la loi des Lombards (édit de Rotharis, n° 204, et qui date de l'an 643). *Nulli mulieri liberae, sub regni nostri ditione leges Longobardorum viventi liceat in suae potestatis arbitrio, id est sine mundio vivere ; nisi semper sub potestate virorum aut certe regis debeat permanere. Nec aliquid de res mobiles aut immobiles, sine voluntate illius, in cujus mundium fuerit, habeat potestatem donandi aut alienandi.* De plus on trouve au moins le mot de *mundium* sinon son explication précise dans les lois des Saxons et des Alamans ; enfin on invoque aussi la coutume générale et actuelle de la Scandinavie où se sont perpétués les vieux usages germains.

Si vraiment ce *mundium* a existé avec les caractères qu'on lui donne, il faudrait bien y voir les origines de

l'autorisation maritale et borner là nos recherches. Nous croyons cependant qu'on a attaché à cette théorie et au *mundium* plus d'importance que ne semble l'exiger l'exacte réalité des faits. Un auteur, M. Lefebvre, dans son *Introduction générale à l'Histoire du droit*, s'est très vigoureusement attaqué à cette opinion, et c'est de son ouvrage et de ses cours que nous nous inspirerons surtout dans les développements qui vont suivre sur cette question.

Et d'abord, précisons nettement le champ de la discussion, limitons bien le débat. Il ne s'agit pas de savoir si dans la société germanique, la femme occupait une condition sociale supérieure ou inférieure à l'homme ; ni de s'inquiéter des véritables usages des Germains qui n'ont pas envahi la Gaule. Le point réellement délicat, c'est de voir, en interrogeant les Germains venus en Gaule, s'il a réellement existé dans leurs mœurs une coutume précise et juridique d'incapacité de la femme mariée ; c'est de leur demander s'ils ont certainement connu le *mundium*, en un mot, s'ils ont pu infuser à notre droit coutumier le système de l'autorisation maritale. Or, à cette question, nous croyons pouvoir répondre par la négative, et certifier qu'il faut chercher d'un autre côté les origines de la puissance du mari. Nous n'affirmons pas que les Lombards ou les Alamans ont ignoré ce *mundium* ; peu nous importe d'ailleurs ; nous voulons seulement essayer de démontrer que Francs, Burgondes et Wisigoths dont les usages ont

pu influencer sur nos coutumes françaises, n'ont laissé aucune trace d'un tel système d'incapacité.

Ouvrons donc leurs lois qui ont été rédigées, on le sait, longtemps avant celles des autres Barbares qui n'ont pas pénétré en France, et voyons ce que nous y pouvons trouver. Il est d'abord bien certain que s'ils ont connu le *mundium*, ils n'auront pas manqué de mentionner dans leurs codes une institution aussi importante. Or, nous allons voir que nous n'y rencontrons ni le système, ni le mot lui-même.

Dans la loi des Wisigoths, on trouve d'abord le mandat de femme à mari, mandat déjà constaté au Bas-Empire romain, et où l'on aperçoit le signe d'une prochaine et intime collaboration des époux, prélude elle-même de la communauté (1). Il est également dit que la femme, la mère veuve tout au moins, peut être tutrice (2), pourvu toutefois qu'elle ne se remarie point, Remarquons bien que cette disposition est tout à fait en contradiction avec l'idée de tutelle perpétuelle des femmes. Aucune législation ne nous offre l'exemple d'un incapable à qui l'on refuse la gestion de sa propre fortune et que l'on charge de guider un autre inca-

(1) L. II. T. III. VI :... « Maritus sane non sine mandatum causam dicat uxoris, aut certe ante iudicem se tali obliget cautione, et si revolverit, damnum, quod cautio demonstrat, maritus recipiat, qui sine mandatum causam dicere præsumpsit uxoris. »

(2) L. IV. T. 3. 3 : « Si patre mortuo in minori ætate filii relinquantur mater eorum tutela, si voluerit, suscipiat, si tamen in viduitate permanserit ».

pable. A Rome, par exemple, la femme, soumise elle-même à une tutelle, ne pouvait pas être tutrice de ses enfants ; elle ne le put pas tout au moins tant que cette tutelle fut effective, jusqu'au Bas-Empire. Les Wisigoths semblent donc avoir ignoré le *mundium* perpétuel des femmes ; ont-ils davantage connu le *mundium* marital ? En tous cas, aucune trace dans leur loi ; on ne trouve pas le mot cité une seule fois. Bien au contraire, l'expression employée pour désigner la puissance du mari implique une tout autre idée ; cette autorité édictée part d'un tout autre principe ; elle est motivée par des considérations étrangères à la conception du *mundium*. Voilà ce texte, il est important : Code d'Euric, n° 323 : *Sed vir qui uxorem suam, secundum sanctam scripturam in potestate habet, similiter et in servis ejus potestatem habebit, et omnia quae cum servis uxoris vel suis in expeditione adquisivit, in sua potestate permaneat*. Tout homme, dit donc ce texte, qui a autorité sur sa femme suivant l'écriture sainte... etc... Il ne dit pas *mundium* il dit *potestas*. Or c'est le mot que l'on trouve si souvent dans les écrits de saint Paul et des Pères de l'Eglise, le mot même qui désigne dans la Genèse le pouvoir donné à l'homme sur son épouse. Enfin, cette *potestas*, il ne l'appuie pas sur une coutume juridique du droit germain, il ne cherche pas son fondement dans des usages antiques propres à la race, il invoque les principes et les préceptes de la doctrine chrétienne. Nous reviendrons sur ce point ; pour le

moment, remarquons seulement que la loi des Wisigoths semble ne point connaître ce *mundium*, soit sur la femme mariée, soit même sur la fille.

La loi burgonde, un peu postérieure à celle des Wisigoths ne dit pas autre chose. Elle ne fait pas davantage allusion au *mundium*. Dans les quelques lignes qu'elle consacre aux rapports des époux, nous retrouvons les mêmes idées, les mêmes principes affirmés. D'abord, elle ne décrète nulle part l'incapacité perpétuelle du sexe ; comme la loi des Wisigoths, elle décide au contraire que la mère peut accepter une tutelle (1), et à ce propos, nous pourrions répéter ici les mêmes observations que nous avons déjà faites sur la disposition analogue de la loi wisigothe. Parlant des droits du mari, elle ne dit pas *mundium* marital, elle emploie, elle aussi, l'expression *potestas*.

Citons ce passage, t. 100 : *Quaecumque mulier, Burgundia vel Romana, voluntate sua ad maritum ambulaverit, jubemus ut maritus ipse facultatem ipsius mulieris, sicut in ea habet potestatem, ita et de omnes res suas habet* (Pour toute femme burgonde ou romaine qui s'est librement mariée, nous ordonnons que le mari ayant puissance sur elle, ait aussi puissance sur ses biens). Et ainsi, après la lecture de ces textes, ne semble-t-il pas évident que le *mundium*, s'il a existé quel-

(1) Ch. 85, § 1 (p. 568, édit. Pertz) : « Si mater tutillam suscipere voluerit, nulla ei parentella præponatur. » De même, p. 617, ch. 36, § 1.

que part avec les caractères qu'on lui prête, était en tous cas certainement inconnu des Germains venus en Gaule. On ne conçoit pas, en effet, que, parlant des droits du mari sur l'épouse et son patrimoine, ils ne mentionnent point cette coutume que l'on dit générale et commune à tous les Barbares, s'ils ne l'avaient pas ignorée.

« Pourquoi les Francs et les Burgondes, dit M. Lefebvre (1), qui ont rédigé leurs lois cent cinquante ans avant les autres, et en face des Gallo-Romains, ne l'auraient-ils pas marquée aussi cette coutume, s'ils l'avaient admise ? Or, on n'y trouve rien de semblable. Comment donc conclure des Lombards et des Saxons, que c'était une coutume universelle des Germains, quand la Germanie était si grande et ses peuplades si dispersées ? Ces Germains-là comme les Scandinaves, étaient surtout ceux des régions de l'Elbe et du Nord. Pourquoi leur coutume aurait-elle été celle des Germains établis sur les rives du Rhin ou du Danube ? »

Et les Francs, font-ils davantage allusion que Burgondes et Wisigoths à un *mundium* sur l'épouse, soit même sur les filles ? La loi Ripuaire, en fixant la capacité du jeune homme à 15 ans, ne nous dit pas que la fille ne soit jamais capable, elle ajoute seulement : *et similiter filia*, c'est-à-dire qu'après la quinzième année, la fille comme le jeune homme peut valablement agir(2).

(1) *Introduction générale à l'histoire du Droit*, p. 334.

(2) Ch. 81 : «... Quindecimo autem anno aut ipse respondeat, aut defensorem eligat. Similiter et filia.

M. Gide, cependant (*Condition de la femme*, p. 339) cite un texte franc où, dit-il, une épouse contracte assistée de son *mundium*, et il renvoie à Muratori (*Antiquitates italicæ*, t. II, p. 271). Ce texte est tiré d'une charte rapportée par cet auteur. Or, quelle est l'espèce ? Il s'agit bien d'une femme qui contracte *Jugali et mundoaldo consentiente*, mais c'est une femme d'origine lombarde ; le mari seul est franc salien. Sans doute, par l'effet même du mariage, la fille lombarde mariée à un Franc tombe sous l'empire de la loi franque, et ce sont les dispositions de cette loi qui doivent désormais régir sa capacité *Se ipsa ex natione sua lege vivere Langobardorum, sed nunc per eundem viro suo legem vivere videtur Salicha*, dit bien cette même charte. Mais que la femme qui a ainsi épousé la législation de son mari, devienne veuve, elle recouvre aussitôt son ancien statut (1). Il n'y a donc rien d'anormal à ce que cette femme lombarde, devenue franque, observe encore dans un contrat les règles et formalités de sa loi natale, sous le joug de laquelle il lui peut arriver de retomber ; elle a tout simplement conservé les usages de la coutume lombarde, soit par habitude, soit

(1) Muratori, t. 2, p. 274, rapporte un édit de Lothaire : « Ut mulieres Romanæ quæ viros habuerunt Langobardos, eis defunctis, a lege viri sui sint absolutæ, et ad suam revertantur Legem. Et hoc statuimus, ut simili modo servetur in ceterorum natione mulierum. » Et Muratori ajoute même que l'on voit des femmes rester, bien que mariées, sous l'empire de leur loi d'origine : « ... viri tamen sui legem minime sequebantur. »

par précaution. Ainsi, à notre avis, ce texte invoqué par Gide ne démontre point l'existence du *mundium* chez les Francs ; il faudrait, pour que cette preuve parût évidente, un titre autrement formel que ne l'est cette charte. Au reste, dans les différentes chartes citées par Muratori, nous n'avons pas vu de femmes franques se faire autoriser de leur prétendu *mundualdus*. Nous avons bien vu des femmes lombardes ou alamandes contracter *mundualdo suo consentiente*, mais dès qu'il s'agit, au contraire, d'une épouse qui a toujours été salienne ou ripuaire, cette locution qui est presque de style dans les autres chartes, n'apparaît plus du tout (1). D'ailleurs, Muratori lui-même, qui rapporte ainsi les mœurs germanes, ne cite pas le *mundium* comme une règle juridique commune à tous les Barbares. Il semble l'indiquer seulement comme une coutume spéciale aux Lombards et peut-être aux Alamans (2).

Enfin n'est-il pas évident que si une coutume aussi caractéristique eût été la loi universelle de la Germanie, nous devrions la trouver décrite chez les historiens

(1) Par exemple, une charte, p. 273, aussi p. 277, aussi p. 133 où il y a seulement «... honorabilibus jugalibus, qui lege salica vivere visi sumus, per hanc paginam... ». Au contraire, p. 273 par exemple, où il s'agit d'une femme lombarde qui fait une donation, il y a : « ... jugale meo mihi consentiente ».

(2) Muratori, p. 113, t. II : « Langobardi quoque meditates quanta sit femine mentis infirmitas... decreverunt... etc. Et p. 134 : « Diversa minime fuisse videtur consuetudo Alamanorum legem sequentibus ».

chez ceux mêmes qui ont charge de nous peindre les faits, les mœurs et les institutions des peuples ? Ils ne l'auraient pas oubliée. L'historien s'attache toujours à placer à côté du tableau de la vie purement politique et extérieure d'un pays, celui de la vie domestique et familiale, et c'est d'ailleurs en cela que son œuvre est surtout intéressante. Or Tacite qui nous donna sur les mœurs germaniques les détails et les traits qui l'ont le plus frappé, ne fait même point allusion à ce *mundium*. On sait cependant que le but de Tacite était d'opposer aux débordements et aux scandales de son époque qui l'attristaient, la peinture vivante de la simple et austère vie des Germains ; de frapper les esprits en opposant au libertinage et à la licence des dames romaines la vertu de ces autres femmes, l'intimité et la solidité de leur union conjugale. Aurait-il manqué de rappeler aux Romains que si leurs épouses peuvent librement dilapider leur fortune, dans leur amour effréné du luxe et de la débauche, il en est d'autres, plus rigides et plus dignes, qui sont astreintes à une règle formelle d'incapacité juridique, et qui ne peuvent sans leurs maris disposer de leurs biens ?

Non, nous ne croyons pas que la femme germane ait été, en droit, une incapable. Il est certain que chez ces races primitives où la force physique était surtout estimée, où l'endurance et le courage valaient à ceux qui les possédaient les honneurs du commandement, la situation de la femme devait être inférieure à celle de

l'homme. Dans ce pays où tous les actes, au dire de Tacite, étaient accomplis, les armes à la main (*Nihil autem neque publicae, neque privatae rei, nisi armati agunt*), la femme, évidemment, devait s'incliner et s'effacer devant ceux que la nature a doués de plus de vigueur et qui assuraient la sécurité de toute la famille. Mais son infériorité venait de son incapacité à porter les armes et à combattre, de sa faiblesse physique, non pas d'une prétendue faiblesse intellectuelle. Il y avait sans doute une incapacité de fait, il n'y avait pas d'incapacité de droit. Comme les enfants, comme les vieillards, elle était sous la protection des plus forts qui se chargeaient d'agir et de parler en son nom, si ses paroles et ses actes avaient besoin d'être appuyés par les armes. On conçoit très bien que pour les actes de la vie extérieure, la femme ait eu, en fait, et fréquemment, un procureur à ses côtés, prêt à prendre sa place quand elle est offensée, à défendre sa cause dans un duel, à porter pour elle la parole en justice devant laquelle on comparaît en armes. Il y avait là une conséquence de l'état social en outre du sentiment très naturel de la supériorité masculine. Mais il n'y avait pas une règle juridique interdisant à la femme d'agir sans autorisation du mari, et donnant formellement à celui-ci pouvoir sur la personne et les biens de son épouse. Or il n'y a aucune analogie entre cette incapacité de fait que nous reconnaitrions bien à la femme germane et cette disposition de droit précise et nette comme le serait le *mun-*

dium. « Ce que j'admettrai bien, dit M. Lefebvre (p. 401), c'est qu'il existait simplement dans les mœurs germaniques un sens juste et vivace de la supériorité naturelle du mari, et que cette supériorité reconnue dans les faits, conduisait d'ordinaire à des résultats ou pratiques analogues à ceux que nous obtiendrions au besoin par contrainte juridique en vertu de notre principe de puissance maritale. Mais cette suprématie maritale ne constituait pas encore une vraie coutume établie, c'est-à-dire articulée et sanctionnée comme telle, ce qui est le trait caractéristique du droit. Et la femme pouvait s'y soustraire pour ses actes et ses biens sans passer pour se comporter illégalement. »

On a aussi fait très justement remarquer que ce *mundium* basé sur une idée de défiance et de mépris du sexe serait par trop en contradiction avec ce que nous savons du respect des Germains pour la femme. En Grèce et à Rome en effet, la femme est incapable à cause de son inexpérience ; on craint qu'elle ne puisse aussi habilement et sûrement qu'un homme, gérer un patrimoine ; on lui donne un conseil, on la prive du droit d'agir seule parce qu'on se méfie de ses aptitudes. Et c'est encore ce que fait notre Code quand il subordonne tout acte de la femme à une autorisation préalable du mari ou de la justice. Or, dans aucun texte german, dans aucune de ces lois barbares qui reflètent les mœurs de ces guerriers, il n'est question de la légèreté ou de la faiblesse morale de la femme. « Ces barbares,

dit M. Gide (p. 208), ne se sont point mépris sur la vraie nature de la femme : ils ont senti que si elle était inférieure à l'homme pour la force du corps, elle était moralement son égale et ne lui cédait ni en connaissances, ni en prudence. » Et Tacite nous apprend que l'épouse était une véritable associée, partageant réellement la vie de son époux. Ses conseils paraissaient aux hommes inspirés par les dieux : *Inesse quin etiam mulieribus sanctum aliquid et providum putant*. Mieux qu'à Athènes et à Rome, la femme a été honorée et respectée dans les forêts de la Germanie, et c'est là que le moyen âge viendra puiser ses traditions de galanterie chevaleresque. Au reste, la femme germane était instruite ; elle s'adonnait volontiers, si elle était de noble naissance, à la culture des lettres romaines, et M. Gide rapporte que, quand il y avait lieu à partage de biens mobiliers compris dans une succession, les livres étaient réservés aux femmes, de même que les chevaux et les armes n'appartenaient qu'aux héritiers mâles. Quelle différence entre cette considération respectueuse pour la femme, avec ces phrases acerbes, ironiques, méchantes même que nous lisons chez les romanistes du XVI^e siècle et chez les Pères de l'Église eux-mêmes. Ces auteurs, soit qu'ils rappellent la faute originelle de la femme qui a perdu le monde, soit qu'ils se bornent à des considérations plus juridiques abonderont dans le sens de l'infériorité intellectuelle du sexe. Ils diront que l'autorité maritale est non seulement équitable,

mais encore nécessaire, et qu'il serait dangereux de laisser la femme agir sans contrôle. De semblables théories, la puissance maritale organisée en règle de droit découlait naturellement : mais cette incapacité juridique ne ressemble pas du tout à cette incapacité de pur fait de la femme germane qui n'avait pour fondement ni la *fragilitas sexus*, ni un hommage à un droit reconnu et sanctionné de l'époux, mais seulement les conditions sociales d'un peuple où les faibles ont encore besoin d'être sous la protection des forts.

Telles sont les seules réflexions que suggère la lecture de Tacite dans son *Histoire de la Germanie*. Si nous lisons Grégoire de Tours, nous serons encore amené aux mêmes conclusions. Non seulement, il ne parle pas de l'impossibilité pour les femmes franques d'agir sans autorisation, mais encore il rapporte des anecdotes d'où ressort la pleine capacité de l'épouse aussi bien que de la fille. Il en résulte que si, en fait et dans l'usage, le mari gérait souvent la fortune de sa femme, il n'y avait pas là de règle obligatoire, et l'épouse restait toujours maîtresse de ses intérêts pécuniaires. M. Lefebvre a tiré de Grégoire de Tours deux passages tout à fait frappants par la conséquence que l'on en peut déduire. Dans l'un, il s'agit d'une femme, Berthegonde, qui a déserté le foyer conjugal sans que son mari, pour le lui faire réintégrer, invoquât l'existence d'un pouvoir analogue au *mundium* ; il invoque, au contraire, le texte d'un concile. Dans le second, c'est la femme de Chilpéric,

Frédégonde, qui, lors des noces de sa fille, annonce aux invités et à son mari qu'elle a acquis d'immenses biens à l'insu de ce dernier, par conséquent sans que son intervention ait été nécessaire (1). N'est-ce pas la négation évidente du *mundium* ?

Le silence de Tacite et de Grégoire de Tours sur l'existence d'une telle institution, et d'autre part, le témoignage de l'un sur la déférence des Germains pour la femme, les attestations de l'autre sur le droit pour les épouses des Francs de posséder et d'acquérir sans qu'il y ait besoin de l'intervention du mari, ne suffiraient-ils pas à démontrer à eux seuls que jamais il n'exista dans les mœurs germaniques une coutume juridique comme le serait le *mundium*.

Enfin dans nos formules et nos Chartes du moyen âge, nous n'apercevons aucun vestige de cette subordination complète de la femme. C'est au contraire une collaboration presque constante du mari et de la femme, un concours continu dans la plupart des actes de la vie domestique, et la lecture de certaines formules nous

(1) Grégoire de Tours : Livre 9, n° 33 ; et Livre 6, n° 32. Il y a aussi cet autre passage de Grégoire de Tours qui démontre bien que la femme peut, si elle le veut, jouir par elle-même de sa fortune, et en disposer sans avoir besoin d'un consentement quelconque. C'est au Livre IX n° 20 : Le roi Gontrand donne à sa fille des biens de toutes sortes, dont, lui dit-il, elle pourra jouir librement et à son gré. Elle pourra aussi en disposer selon ses caprices, même à titre gratuit. Ces biens tombent « in jure et dominatione ipsius » et elle en fera tel usage qui lui plaira « pro arbitrii sui voluntate, cuius conferre ». Il n'est pas du tout question d'un consentement quelconque qu'une coutume l'astreindrait à obtenir pour cela.

donne beaucoup plutôt l'impression d'une union complète de corps et de biens, extension d'une collaboration déjà remarquée au Bas Empire et germe de notre future communauté. Ils agissent ensemble, ils disent *nostra hereditas* : le mari dit souvent *Ego et illa conjux* et si dans les formules de Marculfe, on rencontre parfois certaines expressions saisissantes qui semblent prévoir déjà la coutume juridique de puissance maritale, ce sont les expressions mêmes qu'employaient déjà les Docteurs de l'Église (1).

Est-il besoin, en outre, de faire remarquer, d'une part, qu'il est difficile d'expliquer comment le *mundium* aurait disparu sur les filles et les veuves pour s'affermir seulement sur les femmes mariées, car il y aurait là une grosse transformation qui ne pourrait provenir que d'un brusque bouleversement des principes sur lesquels reposait primitivement le *mundium*. Et, d'autre part, est-il bien admissible de concevoir chez des tribus dont la vie fiévreuse est sans cesse secouée par ces durs combats qui précèdent toujours l'avènement d'une nation, l'existence de règles de droit aussi précises et nettement formulées ? Encore une fois,

(1) Marculfe, l. II, XVII. C'est une formule de testament conjoint de l'homme et de la femme. Au début, c'est l'expression « Ego et Illa Conjux mea ille » que l'on trouve dans beaucoup d'autres formules et qui marque nettement la collaboratio intime des époux. Puis : «... itemque ego illa ancilla tua, domine et jugalis meus ille... » et ces expressions sont répétées plusieurs fois dans la même formule. « Ancilla tua » cela semble indiquer déjà le devoir d'obéissance reconnu par la femme elle-même.

il se pouvait que, dans les mœurs, ce fut le mari qui gérât les biens de la femme ; il se pouvait qu'il y eût là un état de fait fréquent, car nous avons bien trouvé déjà une tendance à cet usage chez les Romains du Bas Empire ; mais il n'y avait là rien qui ressemblât à notre autorisation maritale édictée en disposition obligatoire. Il nous semble par trop prématuré d'affirmer qu'il y ait une telle coutume juridique chez les Germains, au moins chez ceux venus en Gaule, alors que ni leurs lois, ni les récits des historiens, ni les recueils du moyen âge ne la laissent apercevoir. Aussi longtemps qu'on ne nous montrera pas une disposition précise d'un texte l'édictant, nous avons le droit de rejeter cette affirmation qui paraît bien contraire, en revanche, à ce que nous savons de certains traits des mœurs germaniques.

Eh bien, si nous n'avons pu trouver les origines de cette institution, ni à Rome, ni en Germanie, où les trouverons-nous donc ? Un auteur du XVIII^e siècle, Renusson (1), se posant cette même question, y répond en ces termes : « C'est un droit universel et de toutes les nations que les femmes doivent être soumises à leurs maris, et cela est de droit divin. *A Deo dictum est mulieri post peccatum : apud virum desiderium tuum ipse praevalabit et dominabitur tibi.* La raison veut qu'il n'y ait qu'un chef en chaque famille, et c'est le mari qui le doit être et non pas la femme ;

(1) Renusson, *Traité de la communauté*, 1^{re} partie, ch. VII, n° 1.

c'est au mari de commander et à la femme d'obéir. Un des apôtres a dit : *caput mulieris vir...* » Et Dunod (1), parlant aussi de l'autorité maritale lui donne les trois fondements et origines suivants : d'abord, la raison naturelle qui veut que le plus faible cède au plus fort ; ensuite l'ordre de création de la femme tirée de l'homme ; enfin la loi divine qui dit : *sub viro est mulier...*

Ce sont ces raisons que nous voudrions un peu développer pour essayer de bien démontrer que nous devons réellement l'autorisation maritale à l'influence du christianisme, et que ce sont certains de ses préceptes qui, organisés et érigés ensuite en principes de droit, ont donné cette coutume matrimoniale.

D'une façon générale, on sait que le christianisme releva la condition de la femme, et c'est presque un lieu commun de le répéter après tant d'autres. Si en effet les Germains avaient éprouvé pour elle des sentiments de respect presque chevaleresques, il n'en est pas moins vrai que malgré cet hommage à la beauté et à l'intelligence plus vive et cultivée de la femme, elle occupait dans cette société rude une situation très inférieure à cause de sa faiblesse physique. Ne pouvant pas porter les armes, elle devenait souvent, comme tous les êtres débiles, l'esclave des forts. Le christianisme survenant prêcha l'égalité des sexes. Il apprit à l'homme que son épouse était semblable à lui *et similiter tibi*.

(1) *Observations sur la coutume de Bourgogne.*

Apud nos quod non licet feminis aeque non licet viris, dira saint Jérôme, et ce qui est loi pour l'épouse sera aussi loi pour l'homme. Il recueillit, cultiva et développa ces heureuses tendances des Germains sur la vénération de la femme et son influence grandissant sans cesse inspira et régla toute la législation du mariage. Cette stricte égalité proclamée en principe, il voulut cependant la concilier avec l'idée de suprématie du mari, car à toute société, particulièrement à la société conjugale, il faut un chef, et il lui semblait qu'à ce rôle, l'homme par sa nature et son éducation plus forte, était mieux préparé. Il établit ainsi une juste autorité sur la femme, se tenant également éloigné des deux excès contraires : d'un côté, l'indépendance absolue et le libertinage des dames romaines ; de l'autre côté une sujétion sans limites, marque d'une civilisation primitive où la force prime le droit. Les Gallo-Romains se plièrent docilement à cette nouvelle direction qui concordait si bien avec leurs conceptions et la tendance de leurs mœurs. La doctrine chrétienne commandait l'affection et la protection de l'épouse, et déjà le Germain avait vu dans la femme un être qu'il faut vénérer ; elle ordonnait aux époux un concours constant sous l'autorité du mari, et la société gallo-romaine se sentait depuis longtemps inclinée vers une tutelle protectrice de la femme en même temps qu'à une *collaboratio* fréquente dans les actes du patrimoine. Et c'est ainsi que la notion d'autorisation maritale en germe déjà dans la

nouvelle société, fortifiée et dirigée par ces nouveaux préceptes, devint peu à peu une véritable règle juridique avec ses détails d'application et ses sanctions.

Où la trouvons-nous donc cette doctrine portant nettement le principe et le germe de l'autorisation nécessaire du mari ? Dans quels écrits s'affirme-t-elle ? Et d'abord, elle est inscrite dans la Genèse en termes très formels. C'est là que nous trouvons tracée notre conception actuelle de l'association conjugale ; c'est là qu'en quelques phrases est érigé en principe de morale et tout le rôle de l'épouse et la suprématie maritale. La femme devient la collaboratrice de l'homme, son associée intime. *Et adiutorium sibi*, dit le texte, c'est-à-dire son aide, son lieutenant toujours prêt à le suppléer quand des circonstances l'empêcheront de tenir son poste. Mais quand il est là, c'est lui qui commande, qui dirige et la femme doit lui obéir : *sub potestate viri eris et ipse dominabitur tibi*, voilà l'autorité maritale proclamée dans un texte, assise sur la nécessité d'une direction conjugale, affirmée pour la première fois d'une façon catégorique. Les Pères de l'Eglise qui prêchent la nouvelle doctrine répandent ce même principe en le développant. Saint Paul surtout le répète et le précise, il l'enferme dans une expression imagée qui le contient tout entier. Il dit *vir caput*, c'est le mari chef, dirigeant, commandant ; il dit *mulieres subditae viris sicut domino* (1), c'est le devoir d'obéissance, c'est déjà l'arti-

(1) Epître aux Ephésiens, ch. V, n° 22 : *mulieres viris suis sub-*

de 213 du Code civil. Mais c'est particulièrement chez saint Augustin que le principe prend de larges proportions et se formule en une véritable règle de droit. M. Lefebvre a relevé une lettre de cet auteur qui prouve manifestement l'énorme influence du christianisme sur notre coutume matrimoniale, et entre autres traits frappants, on y trouve l'autorisation maritale maintes fois organisée et décrite par l'application aux faits (1).

Ne prenons dans cette longue lettre que ce qui peut toucher à notre sujet. Il s'agit d'une grande dame, chrétienne fervente qui, pendant une absence de son mari, a disposé de presque tous ses biens. Le mari, très mécontent, s'est vengé en commettant un adultère, et alors Edicia, c'est le nom de cette femme, écrit à saint Augustin en implorant ses conseils. Celui-ci lui trace sa conduite, et la réprimande sévèrement d'avoir agi ainsi sans l'autorisation de son mari : *Nihil ergo de tua veste, nihil de tuo auro vel argento vel quacumque pecunia aut rebus ullis terrenis tuis, sine arbitrio ejus facere debuisti*. Il ajoute plus loin : *Alia postremo ea societas viri et uxoris, ubi mulierem conjugatam non licet dicere : facio quod volo de meo ; quum et ipsa non sit sua, sed capitis sui hoc est viri sui*. Cette seule phrase marque bien ce qu'était la société conjugale conçue selon la doctrine chrétienne. Une femme romaine au-

ditæ, sicut domino ; n° 23 : Quoniam vir caput est mulieris, sicut Christus caput est ecclesiæ ; n° 24 : Sicut ecclesia subjecta est Christo, ita et mulieres viris suis in omnibus.

(1) Lettre 262^e dans la *Patrologie de Migne*, Lefebvre, p. 489.

rait pu dire : *facio quod volo* ; l'épouse chrétienne doit se rappeler que le mari est le chef et que sans son assentiment, elle ne doit pas agir. Et alors, si elle se croit plus sagement inspirée que lui dans la gestion du patrimoine, qu'elle lui soumette ses plans en l'engageant à les adopter et à les exécuter de concert avec elle. *Et in his disponendis atque faciendis, si quid tibi forte melius videretur, suggereres viro reverenter ejusque auctoritatem tanquam tui capitis sequereres obedienter.* « Nul n'a jamais mieux exprimé, dit M. Lefebvre, la notion de notre puissance maritale considérée comme le principal ressort de l'association des époux. Et rien que dans la dernière ligne, ne voyons-nous pas apparaître les trois expressions que notre tradition française a transmises jusqu'au Code civil : *auctoritas, vir, caput, obedienter* ; c'est-à-dire l'autorisation pour celui qui est le chef et à qui la femme doit obéissance. » Et saint Augustin conclut en lui conseillant d'écrire à son mari pour lui demander grâce d'avoir agi sans autorisation. *Scribe ad eum satisfactionem, petens veniam quia in eum peccasti, quod praeter ejus consilium et voluntatem de rebus tuis fecisti quod faciendum putasti.*

Avons-nous vu dans les monuments germaniques, ce principe de l'autorité maritale aussi manifestement affirmé ? L'avons-nous vu imposé, soit comme règle de morale, soit comme maxime juridique ? Avons-nous trouvé avant le christianisme un précepte qui ordonne aussi nettement à la femme d'obéir à son mari, de ne

pas disposer sans lui de son patrimoine parce qu'il est son chef et que ce chef, elle le doit *obedienter servire* en vertu de l'*auctoritas* qu'il a sur elle. C'est un texte comme celui-ci et aussi affirmatif qu'il nous faudrait montrer dans les lois germaniques pour nous convaincre d'une coutume juridique de puissance maritale ; alors au contraire que les lois burgonde et wisigothe évidemment inspirées par la doctrine chrétienne qui a envahi la Gaule, affirment non pas un *mundium*, mais une *potestas*, et l'asseoient sur les écrits des Pères de l'Eglise : *secundum Sanctam Scripturam*.

Et quoi d'étonnant que de petites maximes comme celles-ci *vir caput, mulieres subditae*, etc. . . semées çà et là dans la littérature ecclésiastique aient pu donner le jour à de véritables institutions juridiques ? Il nous faut nous dépouiller un instant de notre scepticisme moderne pour nous reporter en ces temps où l'enthousiasme pour une religion nouvelle enfantait des héros, un art, une littérature et les croisades. Dans ces siècles du moyen âge où la foi gravée dans le cœur des hommes inspirait leurs actes et toute leur vie, quoi de prodigieux, s'il est vrai que les Codes ne sont que le miroir des mœurs et des âmes, de voir s'organiser en règle juridique, des conceptions nées d'une doctrine aimée avec passion, pratiquée avec fanatisme. N'oublions pas d'ailleurs que la doctrine chrétienne est à cette époque la seule direction intellectuelle, et que la science qui éclaira et domina toute la législation romaine a disparu

dans le chaos des invasions et ne se réveillera que plus tard. Nous verrons à l'heure de ce réveil, diminuer cette influence de l'Église qui guida le moyen âge, pour laisser place à une autre direction des esprits, à la renaissance du droit romain et de l'antiquité classique.

On oppose; il est vrai, que l'autorisation maritale ne s'établit que dans les pays coutumiers, qu'elle ne pénétra point dans les pays de droit écrit, et que si elle dérivait directement des préceptes chrétiens, elle aurait dû, au contraire, s'étendre partout où le christianisme régnait. L'objection est assez sérieuse. Cependant, nous le disions tout à l'heure, tandis qu'aucune direction scientifique ne guidait les esprits dans le nord de la France, le midi était tout imprégné de droit romain ; il y avait là-bas, la grande ombre de la science romaine qui dominait encore les mœurs et les idées ; et l'autorisation maritale, comme toutes les institutions coutumières, y fut longtemps frappée d'ostracisme. On ne démolit pas d'un coup un formidable système de lois et de conceptions comme l'était le droit du Bas-Empire ; aujourd'hui encore, combien de temps met une idée nouvelle à se faire accepter des mœurs, en triomphant de la routine, pour devenir ensuite un article d'un Code ?

Ainsi, à notre avis, et pour nous résumer, l'autorisation maritale n'a point ses racines dans le vieux droit germain, mais dans les préceptes du christianisme. Le *mundium* sur l'épouse, comme sur la fille, s'il exista chez les Lombards et les Alamans, n'a, en tous cas,

laissé aucune trace dans les lois des barbares venus en Gaule, il ne semble pas avoir été connu de ceux-là mêmes dont les usages auraient pu influencer sur notre droit coutumier. Au contraire, dans la littérature des Pères de l'Église, nous trouvons très catégoriquement formulé le principe de l'autorité du mari, principe qui, se rencontrant sur ce point avec une tendance des mœurs gallo-romaines, a donné plus tard, quand les coutumes se sont organisées en règles de droit, notre institution de l'autorisation maritale. Ce sont ses caractères que nous allons maintenant étudier, les différents aspects qu'elle a revêtus, les diverses conceptions dont elle a été l'objet depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours (1).

(1) Avant de devenir nécessaire pour la validité des obligations civiles de la femme, elle produisait déjà des effets juridiques en droit canonique. Ainsi, elle était exigée pour la validité des obligations religieuses, des vœux contractés par l'épouse. Le mari pouvait faire annuler le vœu prononcé sans son autorisation. Dans un autre ordre d'idées, mais toujours comme conséquences de son autorité reconnue, il pouvait poursuivre *criminaliter* l'adultère de sa femme, tandis que celle-ci n'avait qu'une action civile afin d'obtenir le divorce. De même, la femme était obligée de le suivre quand il changeait de domicile. Il avait encore le droit de correction, mais « pour un juste motif et légèrement » ; ce droit subsista même assez longtemps, nous le retrouverons. Enfin, il pouvait même contraindre sa femme à prendre soin de sa personne et de son ménage (Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. 2, p. 4 et suivantes).

CHAPITRE II

L'AUTORISATION MARITALE AU XIII^e SIÈCLE.

§ 1^{er}. — Conception générale.

C'est seulement au XIII^e siècle qu'apparaissent juridiquement organisées, non seulement l'autorisation maritale, mais aussi la plupart des institutions coutumières. De plus, c'est seulement à dater de cette époque que nous trouvons des jurisconsultes pouvant nous renseigner exactement sur l'état et l'esprit de notre vieux droit français.

Et d'abord, jetons un coup d'œil sur la situation juridique de la femme, mariée ou non mariée, au sortir du chaos qui suivit l'établissement des Francs. D'une façon générale, la femme était civilement, aussi capable que l'homme ; ses droits purement civils étaient les mêmes ; le christianisme et la féodalité l'avaient considérablement relevée de son ancien état d'infériorité. Plus de tutelle comme à Rome ou en Grèce ; la veuve et la fille sont pleinement capables et la loi est la même pour elles et pour les hommes (*Una lex de viris et mulieribus*). Il n'y a plus en un mot d'appréhension à raison du sexe. Il était toutefois, comme de nos jours encore, certaines

fonctions d'intérêt public qui lui étaient fermées, et c'est ainsi qu'on peut opposer sa capacité civile pleine et entière à sa capacité civile assez restreinte. Elle ne pouvait pas exercer la profession d'avocat, sauf dans certains cas, ni celle de procureur (1). Elle ne pouvait pas non plus être juge, mais elle pouvait remplir le rôle d'arbitre (2) sous certaines conditions, pourvu par exemple, qu'elle ne soit pas mariée ni entrée en religion. Au contraire, son témoignage était reçu soit au civil, soit au criminel dans la plupart des coutumes (3). Et si au début du moyen âge, on ne permettait pas à la femme de posséder un fief parce qu'elle ne pouvait pas en remplir les charges, principalement le service d'host, au temps de Beaumanoir en revanche, on la laisse comme les hommes devenir titulaire d'un domaine féodal, investie de tous les droits et soumise à toutes les dettes (4).

(1) Beaumanoir, V, § 16 : « Il ne loist pas à feme a estre office d'avocat par autrui por loier ; mais sans loier pot ele parler por li ou por ses enfants ou par aucun de son lignage, mais que ce soit de l'actorité de son baron se ele a baron. » *Assises Jérusalem* : « Voirement tant le droit comande que la feme peut bien plaidier por son pere, se son pere est malade par dreit, par la lei et par l'asize. » *Jostice et Plet*, p. 273 : « Feme ne puet defendre melin en plet ; mes se ele est sans seignor, elle puet bien defendre son pleige et soi-même. »

(2) Beaumanoir, XLI, § 26 : « Il est certaine coze que feme en subjection d'autrui, si come en mariage ou en religion, ne poent ne ne doivent peure arbitrage sor eles. Mes celes qui sunt en lor delivre poetes le poent bien fere et rendre le sentence de l'arbitrage. »

(3) Beaumanoir, 39, § 19 : « Nous avons dit en cel tître dessus que femes sunt recues en temoignier aage d'enfants et aussi sunt eles oies. »

(4) Beaumanoir, 29, § 19 : « Che que nos avons dit des services e des

Sa capacité civique s'accrut alors singulièrement, et la femme titulaire d'un fief jouit comme tout vassal, des privilèges attachés à cette qualité ; elle lèvera des troupes, battra monnaie et même siègera en justice civile ou criminelle (1). D'ailleurs, ce nouveau rôle n'alla pas sans soulever les plaintes et les imprécations des clercs tout imbus des idées du droit romain qui tenait la femme en tutelle et encore pénétrés du souvenir de la première pécheresse. Des jurisconsultes aussi protestent contre ces attributions qui, disent-ils, ne conviennent pas au sexe. C'est ainsi que Pierre de Fontaines, ch. XIX, § 74, s'écrie : « Qu'il soviègne as femes de lor chastee et des œvres que nature lor otria et desqueles elle comanda qu'eles se tenissent : et se eles reçoivent mises sor soi, ja soit ce qu'eles soient de très bone opinion et de haute, eles soient départies de tote compaignie de jugement.. » En résumé, la femme au XIII^e siècle, jouit donc de la plénitude des droits civils accordés aux hommes : elle peut valablement contracter, cautionner (2) sans aucune trace d'incapacité velléienne (chez Beaumanoir en tous cas, car nous verrons bientôt apparaître cette idée), et

sergans en cest capitre et des services qui doivent être fet par le reson du fief, nos entendons en tos cas de services, aussi por les femes comme por les hommes ; car si eles tiennent fief, eles doivent mesme service que uns home devrait s'il le tenait. »

(1) Laboulaye, *Condition des Femmes*, p. 442.

(2) Beaumanoir, 43, § 14 : « Veves, femes se poent bien obligier en dete ou en plegerie ou en quelque plet qu'il lor plera, par devant le justice laïc ; ou s'il ne lor plet, il ne respondroient fors devant lor ordenaire. »

certaines fonctions d'ordre public lui sont même ouvertes au moins quand elle est dame de fief. Citons cependant, puisque nous considérons la capacité générale de la femme à cette époque, une disposition spéciale des Assises de Jérusalem qui excepte la fille du droit de vendre ou d'acheter ; seules pouvaient accomplir ces actes les femmes mariées ou les veuves (1).

Cela dit, que devenaient ces droits reconnus à la femme, dès qu'elle se mariait ? En quoi et comment sa capacité civile était-elle restreinte ? C'est ici que va intervenir notre règle de l'autorisation maritale dont nous allons maintenant étudier le fondement et les caractères.

Le mariage créait une société profonde entre les époux ; il n'était plus un simple état de fait comme à Rome, ne produisant proprement aucun effet juridique spécial quant aux personnes et aux biens, et où l'homme et la femme conservaient respectivement leur indépendance dans le gouvernement de leurs propres et leurs relations personnelles ; non, il était devenu une union intime, un lien véritable, l'application vivante de la maxime *erunt duo in carne una*. Il y avait association des âmes et association des patrimoines ; et la conception et le fonctionnement de cette société conjugale se

(1) *Assises Jérusalem*, ch. 23 : « Saches que tous homes et femes frans et sans aucun servage pevent vendre et acheter bourgesies, personne qui soit en droit aage, car l'aage de l'ome est quant il a compli 15 ans et l'aage de la feme quant elle est mariée ou veuve ou que elle ait voué chasteté. »

rapprochaient par certains côtés plus que notre législation actuelle, de la donnée idéale du mariage, tel que l'avait défini Modestin. Le mari est le chef de la « compagnie », c'est lui qui commande et dirige, mais la personnalité de la femme, loin d'être anéantie ou trop diminuée, est au contraire élevée à un rang presque égal à lui ; elle devient une véritable associée, intéressée pour moitié à la prospérité du patrimoine commun et investie, sinon du droit de direction, d'un certain droit de collaboration. C'est ainsi que le mari, sans le consentement de sa femme, ne peut aliéner ni ses propres, ni même les acquêts, à cause du douaire ; et si, en droit, il peut acquérir seul, l'épouse, en fait, intervient souvent au contrat, car une collaboration continue régissait presque tous leurs rapports pécuniaires avec les tiers. Enfin, la femme, effacée quand son mari est présent et peut contracter en personne, passe au premier rang et hérite de ses pouvoirs quand il est empêché d'agir pour une raison quelconque. Elle tient alors sa place, mais remarquons-le bien, en vertu d'un droit propre, et non d'une idée de mandat. La femme joue donc véritablement un rôle important, et M. Viollet a pu très justement dire que « si on examine le droit du XIII^e siècle, un penseur eût pu légitimement présager à la femme un avenir d'égalité assez prochain, de hautes et larges espérances » (1).

(1) Viollet, *Histoire du droit*, liv. II, ch. V.

Dans cette société conjugale ainsi conçue, il est aisé de prévoir quel sera le rôle et le fondement de l'autorisation maritale. Si la femme n'est pas incapable à raison du sexe, si on ne prend plus en considération la *fragilitas sexus* et son inexpérience, l'autorisation ne pourra pas être une mesure de protection pour elle. On ne conçoit point qu'une personne qui peut accomplir seule et sans aucune assistance n'importe quels actes avant son mariage, eût davantage besoin d'être mise en garde contre les tiers, dès qu'elle est mariée. Mais, d'autre part, ce que l'on conçoit bien, c'est que la femme, associée au second, ne pût empiéter sur les droits du mari, associé chef, et s'arroger un rôle réservé à ce dernier seul. C'est qu'elle ne pût agir et contracter à son gré, selon les caprices de sa fantaisie, et se mettre dans un but juridique quelconque en relations avec les tiers, sans en avoir au moins averti le mari. La loi a préposé l'homme à la direction de la société conjugale, elle a voulu dans l'intérêt commun, qu'il n'y eût qu'un chef, qu'une seule « tête » ; il importe donc nécessairement que lui seul agisse ou permette d'agir. Son rôle et son autorité seront seulement respectés si pour chaque acte qu'il veut accomplir, son subordonné lui demande autorisation. Au contraire, cette autorité du chef ne sera pas méconnue et il n'aura aucun motif de se plaindre, quand, par suite d'une circonstance quelconque, absence ou maladie par exemple, il n'aura pu tenir son poste de chef et gérant, et que l'autre associé l'ayant

suppléé, se sera spontanément mis en rapport juridique avec d'autres co-contractants. Il en est ainsi du lieutenant, qu'on nous permette cette banale et juste comparaison, qui, soumis toutefois aux ordres du capitaine, prend aussitôt l'initiative du commandement quand ce dernier est empêché ; et personne alors ne pourra critiquer ses actes en prétextant tout au moins qu'il n'avait pas qualité pour agir.

Donc, chez Beaumanoir et les disciples de sa doctrine, le fondement de la puissance maritale siège uniquement dans la nécessité de la soumission à un chef unique, et cela dans l'intérêt du bon ordre et l'harmonie du ménage. L'autorisation maritale est alors à la fois l'affirmation de la suprématie du mari et une règle de discipline intérieure, domestique. Mais elle n'est ni une marque de l'infériorité féminine, ni une loi dont la raison d'être serait d'ordre public, et dont l'existence serait liée à l'intérêt de la société elle-même. Actuellement donc, la femme n'est pas incapable, elle est seulement dépendante : l'autorisation qui lui est nécessaire n'est pas une assistance, comme l'est celle du tuteur, elle est un « permis », un « congé » comme l'est celle d'un chef.

§ 2. — Domaine géographique.

Ces considérations générales exposées sur le fondement de l'institution, il importe, avant d'étudier de plus près son fonctionnement, de bien fixer son domaine

géographique. Était-elle universellement acceptée en France ? Régissait-elle le Midi comme le Nord ? Dans les pays de droit écrit le régime dotal apporté de Rome subsistait, et la communauté du droit coutumier n'avait pu s'y implanter. Or le régime dotal n'avait jamais comporté pour la femme la nécessité de l'autorisation du mari, elle jouissait et disposait librement de ses paraphernaux. Nous avons vu en effet que l'autorisation était née avec la communauté, qu'elle en était le corollaire destiné à maintenir chacun des associés dans une sphère et un rôle bien délimités ; il ne pouvait donc être question d'une telle institution sous un régime matrimonial excluant toute idée de société (1). A un certain moment cependant, on eût pu croire que la puissance maritale allait, sous l'influence du christianisme qui proclamait la suprématie du mari, s'établir dans le Midi avec le même caractère énergique que dans le Nord. Et elle s'y serait assurément répandue et affermie sans le formidable essor que prit au XII^e siècle l'enseignement du droit romain avec l'école d'Irénéus à Bologne. Toutes les institutions matrimoniales se ressentirent vivement de son influence, et la notion du lien conjugal tel que l'avait conçu le droit canon, fut seule à résister à ce courant. Toutefois, le moyen âge poursuivant une idée qui semble apparaître déjà chez Justinien, avait déclaré la femme propriétaire de la dot, et

(1) *Décision de Jean Desmares*, XXXV. « De coutume la femme est en la puissance de son mary, autrement est de droit écrit. »

le mari simple usufruitier. Et alors tandis qu'à Rome, c'était le mari qui agissait en justice relativement aux biens dotaux, c'était au contraire la femme dans nos pays de droit écrit. Seulement, il fallait pour cela qu'elle fût autorisée, et c'est ainsi que pénètre, dans cette législation elle-même, un peu de notre institution coutumière.

L'autorisation méconnue quand il s'agit d'actes extrajudiciaires, devient donc nécessaire pour ester en jugement si l'instance a trait à la dot. La coutume de Bordeaux alla même plus loin, elle exigeait cette autorisation du mari, aussi bien quand le débat judiciaire devait porter sur les paraphernaux que sur les biens dotaux (1) et ses commentateurs basent cette disposition « sur ce que la bienséance serait blessée par toutes les circonstances et les accessoires d'une procédure dans laquelle une femme s'engage sans être autorisée ». Ils ajoutent aussi, se conformant à cet engoûment qui consiste à toujours appuyer une solution d'un texte du droit romain, que si la loi romaine « permet à la femme la libre administration de ses paraphernaux, elle ne dit rien qui ait trait à la poursuite en justice ». Mais la coutume de Bordeaux était évidemment en cela exceptionnelle ; d'ailleurs elle s'écartait encore de la législation commune aux pays de droit écrit en ce qu'elle donnait au mari l'administration des paraphernaux (2).

(1) *Commentaire de la coutume de Guyenne* par deux avocats au parlement, tome 2, dissertation 2^e.

(2) Art. 42. — Théoriquement, la femme pouvait néanmoins dis-

Il était ainsi usufruitier de la dot et des propres de la femme ; ce régime était, en un mot, pour celle-ci une constitution de dot s'étendant à tout son patrimoine.

Certains pays de droit écrit d'ailleurs observaient la même règle que les pays coutumiers et exigeaient l'autorisation expresse du mari pour toutes les obligations que voulait contracter la femme. C'étaient les provinces qui ressortissaient au parlement de Paris, telles que celles du Lyonnais, du Forez, du Beaujolais.

Enfin le grand Lamoignon lui-même proposait l'extension aux pays de droit écrit, de l'autorisation maritale dont il aurait ainsi voulu faire une institution générale à toute la France. « En tous les pays de coutume et de droit, dit-il (1), la femme mariée, majeure ou mineure, peut donner, vendre, aliéner et hypothéquer les fonds, rentes, droits, mobiliers et immobiliers, même ce qui lui a été baillé en dot, pourvu et non autrement qu'elle soit expressément autorisée du mari. » Et son opinion fut peut-être bien consacrée par la législation postérieure. L'ordonnance de 1731 en effet dispose que : « Les femmes mariées, même non communes, ou celles qui auront été séparées, ne pourront accepter aucune donation entre vifs sans être autorisées par leur mari, ou par justice à son refus... à moins que la donation ne

poser de ses paraphernaux sans autorisation du mari, mais le droit d'usufruit de ce dernier ne peut pas être entamé par cet acte d'aliénation *salvo semper usufructu*.

(1) Titre 32. *De la communauté*, ch. 78.

soit faite à titre de bien paraphernal... auquel cas il n'est rien innové. » Si donc la femme s'était constitué en dot tous ses biens présents et à venir, il lui fallait, pour accepter cette donation, l'autorisation de son mari ou de justice (1).

Ainsi cette institution eut, d'une façon générale, son domaine restreint aux pays coutumiers, et elle ne pénétra dans les pays de droit écrit que partiellement, et dans certains cas. La résistance acharnée des romanistes qui se manifesta encore sur bien d'autres points fut le rempart inébranlable contre lequel vint toujours se briser le courant du droit matrimonial coutumier. Et c'est le Code civil seulement qui, en rendant l'unité à la législation, étendit l'autorisation maritale au régime dotal, extension qui avait déjà été faite, nous le verrons, à la séparation de biens.

Revenons donc aux coutumes et à Beaumanoir puisque c'est là seulement que fonctionne régulièrement notre institution. Pour examiner de près le jeu de ses applications, nous allons surtout nous inspirer de Beaumanoir chez qui le système est particulièrement net, laissant pour une mention spéciale les différentes petites altérations qui y furent apportées par des auteurs et des coutumes de cette même époque.

(1) Dumoulin sous l'article 170 de la coutume du Bourbonnais, qui disait : « Femme mariée est en la puissance de son mary », ajoutait : *Etiam si non sint communes in bonis*. Il nous paraît bien qu'il entendait par là que l'autorisation maritale devait s'appliquer sous tous les régimes matrimoniaux, par conséquent aussi dans les pays de droit écrit où c'était le régime dotal qui était usité.

§ 3. — Cas d'application.

Nous avons vu que le fondement de l'autorisation matrimoniale résidait non pas dans une idée d'incapacité sexuelle, mais dans la nécessité d'une direction unique et de la subordination de la femme au mari.

De cette idée découlent très naturellement les conséquences que l'on en tire quant aux cas où cette autorisation sera nécessaire, à ceux où elle ne le sera pas, et quant à la forme exigée pour sa manifestation.

D'une façon générale, on peut dire que la femme mariée ne peut accomplir aucun acte si elle n'est pas autorisée et qu'au contraire avec cette autorisation, elle est capable de faire tous ceux qui lui étaient permis avant son mariage. Sans son mari, il lui est défendu de s'obliger pour elle-même ou pour d'autres, d'acheter, de vendre, de donner, de plaider. « Feme qui est en mariage, dit Beaumanoir, chapitre 43, paragraphe 22, ne pot plegier, ni dete fere ; et si ele fet, ses barons n'i est de rien tenus (1). »

Pour donner : Beaumanoir, 70, paragraphe 7 : « Voire sot que nul don que fame mariée face soit de son héritage, soit de s'aqueste ou de son meuble el sans de son mariage, n'est à tenir que ses barons ou si hoir nel

(1) Jostice et Plet, p. 273 : « Emprès l'en deffaut que a mari ne soit pleige, ne n'achat, ne n'emprunt héritages, ne vande, ne marchandises, ne ne praingne, ne ne vande, sans le congié son seignor ; et se ele fet ne vaut rien. »

puissent rapeler, s'ele nel fait de l'auctorité et de l'assentiment de son baron ».

Pour plaider : « que ce soit de l'actorité de son baron, se ele a baron », dit encore Beaumanoir. Dans certaines coutumes, elle pouvait cependant aller en justice sans cette autorisation, non seulement quand elle était marchande, ce qui était la règle commune, mais encore au cas d'injures ou de délits qu'elle aurait personnellement soufferts (1), exception qui n'existe point chez Beaumanoir. En tous cas, nulle trace d'incapacité velléienne dans les « coutumes de Beauvoisis », la fille peut toujours cautionner une dette et la femme mariée en est capable avec l'autorisation du mari. Nous constaterons bientôt les premières apparitions dans le droit coutumier de ce fameux sénatus-consulte tout à fait inconnu de Beaumanoir (2).

(1) *Etablissements de saint Louis*, ch. 147 « ... si elle se plaignait qu'on l'eût battue, maltraitée ou injuriée, en quelque manière que ce fût, elle aurait voix en justice sans l'autorisation de son mari. »

Aussi dans la *Très ancienne coutume de Bretagne*, édit. Planiol, p. 508, a. 35 « ... mais qui lui aurait dit injures ou l'aurait battue, elle en aurait responce sans son seigneur... »

Aussi *Décisions de Jean Desmares* : LXXVI « elle peut être appelée sans son mari, et ainsi en cas d'injures et délits ».

(2) Peut-être aussi la femme, sans autorisation, pouvait-elle intenter une action qui tendait au paiement d'un salaire gagné par son propre travail (*Décisions de Jean Desmares*, ch. LXXVII).

Les *Etablissements de saint Louis* au ch. 147 décidaient que « nulle femme sans autorisation n'a voix en cour laïc... ». Cette expression de « cour laïc » est d'ailleurs employée par d'autres textes prévoyant le même cas. A ce propos, un auteur (Laboulaye, *Condition des femmes*, p. 281) fait remarquer que le droit canonique en effet, parti des idées romaines, permettait à la femme d'agir sans autori-

Et pour le testament ? La femme mariée peut-elle y procéder sans autorisation ? C'est une question que l'on peut se poser dans le silence des textes à cette époque. Beaumanoir, au chapitre XII, n° 4, dit bien que le baron ne peut contraindre sa femme à tester en sa faveur, mais il ne dit pas autre chose. Certains en ont conclu à la nécessité de l'autorisation en se basant sur ce que les coutumes les plus anciennement rédigées qui contiennent ainsi les solutions archaïques exigent cette formalité (Bretagne, Bourgogne). Il nous semble plutôt que chez Beaumanoir tout au moins, où l'autorisation maritale est conçue sur un plan très large, la femme devait pouvoir tester seule et sans le consentement du mari. Coquille, d'ailleurs, l'héritier de la doctrine de Beaumanoir, critique, nous le verrons, la disposition de la coutume du Nivernais qui consacre l'extension au testament de la règle générale.

Ainsi, la femme mariée, incapable d'accomplir aucun acte juridique sans autorisation, peut toujours contracter quand elle est autorisée. Il est cependant des cas où la femme peut agir sans avoir besoin du consentement du mari ; elle recouvre en effet pleine capacité chaque fois que son seigneur, par suite d'un obstacle matériel ou moral sera dans l'impossibilité de donner son assentiment. Et c'était là encore une conséquence très logi-

sation devant les cours ecclésiastiques. C'était l'opinion de Jean Faber. Au contraire Dumoulin disait : « *nec in civili nec in ecclesiastico foro quamvis Jo. Faber dixerit contrarium* ».

que de la conception que se faisaient de l'autorisation maritale les anciens auteurs. Si cette formalité n'était qu'une règle de discipline entre époux par où le mari présent affirmait sa suprématie de chef d'une association, il était rationnel que la femme, non incapable, mais seulement dépendante, recouvrât pleine liberté quand ce chef ne pouvait plus remplir ses fonctions. S'il était absent ou bien fou, banni, prisonnier, l'épouse passait du second au premier rôle (1) ; elle gérait, à son tour, dans une complète indépendance, les affaires auxquelles le mari ne pouvait plus apporter ses soins. Quoi de plus naturel, puisque la femme n'était point considérée comme une incapable protégée, puisqu'on n'appréhendait point la prétendue faiblesse de son sexe, et qu'on la jugeait aussi experte qu'un homme ! Et alors, elle disposera à son gré de ses biens, et obligera la communauté, sans que le mari soit recevable ensuite à protester contre ces actes.

Il en sera ainsi encore de la femme qui exerce le commerce avec l'assentiment de son mari, elle pourra contracter seule toutes sortes d'obligations (2). Il est même

(1) Beaumanoir, XLIII, § 28 : « En aucun cas serait la feme tenue à répondre de se dette ou de se plegerie et tans de son baron, si comme ses barons est fou, ou hors de sens, si que il aperte coze qu'il ne se melle de rien, et que le femme fait et mainburnist toutes les cozes que a eus apartiennent ; ou ce le feme est marqueande d'aucune marqueandise dont ses barons ne set meller, ou se li barons est en étranges teres, fuitis, ou bannis, ou emprisonnés sans espérance de revenir. »

(2) Beaumanoir, 43, § 28. *Très ancienne coutume de Bretagne*, édit.

à remarquer que, sur ce point, le droit n'a jamais varié, depuis Beaumanoir jusqu'au Code civil. Il suffira même, pour que ses engagements soient valables et exécutoires sur la communauté, que le mari ait manifestement laissé toute direction à sa femme « si que il aperte coze qu'il ne se melle de rien et que la feme fait et mainburnit toutes les cozes qui a eus appartiennent » (Beaumanoir, 43, § 28).

Quand elle contracte en vue des besoins du ménage, chez les marchands, les fournisseurs, son obligation engage encore la communauté sans qu'il soit nécessaire que le mari l'y ait autorisée. Et à ce propos, il faut bien noter que ce n'est pas sur l'idée de mandat du mari, comme cela sera plus tard, qu'est assise cette obligation ; non, la femme est ici envisagée comme une associée dont l'un des rôles est précisément de pourvoir à l'entretien du ménage et d'acheter les provisions de bouche. Cette conception, d'ailleurs, beaucoup plus que l'idée du mandat, était conforme à la notion de société entre époux.

Dans tous ces cas cités, elle sera également recevable à agir seule en justice, soit pour elle et la communauté quand le mari est absent ou fou, soit pour son commerce seulement alors même que le mari serait présent

Planiol, p. 205, ligne 23 : « Mes au cas que son seigneur la soufferrait marchande, le contrat qu'elle ferait, serait estable de chouses dont elle userait de marchandise et en devrait son seigneur répondre ». Aussi Jostice et Plet, p. 131. Aussi *Etablissements de Saint Louis*, ch. 147.

et capable (1). Au cas d'absence du mari, il semble que les Assises de Jérusalem constataient un usage spécial. Les juges accordaient à la femme des délais successifs, et enfin si au bout d'un an et un jour le mari n'avait pas reparu, elle était recevable en son action (2).

D'autre part, la femme engageait le mari et la communauté par ses délits ; on considérait en effet qu'il en était responsable parce que s'il eût été plus vigilant et plus sévère, s'il l'eût châtiée, il eût prévenu de tels dommages et ramené au bien son instinct de mal faire. C'était une conséquence de la puissance un peu rude, reconnue sur l'épouse par les coutumes de cette époque (3). Chez Bouteiller, cependant, les délits de la

(1) *Etablissements de Saint Louis*, ch. 147 ; *Très ancienne coutume de Bretagne*, éd. Planiol, p. 508, art. 35.

(2) *Assises de Jérusalem*, ch. CXXXI. Quand le mari était absent et que la femme était actionnée en justice, les juges accordaient d'abord un délai de quinzaine, puis si le mari n'est revenu, un nouveau délai d'un an et un jour à l'expiration duquel enfin, il sera procédé au jugement «... et c'il n'était venus dedans l'an et le jour, la femme est puis tenue par dreit de répondre de ce c'on l'a apellée, puisque la quinzaine et l'an et le jor est passé des trois termes c'on li a donés et ces maris n'en est venus ».

Le *Livre de Jostice et de Plet*, d'autre part, semble bien faire allusion à un usage spécial au cas d'absence du mari. Le pouvoir de la femme alors aurait été limité à ses obligations délictuelles et aux actes pour lesquels le mari avant de partir lui aurait donné droit d'agir. *Jostice et Plet*, p. 131 : «... Et se ses sires est outre mer ou hors dou pais en lointaing leu, respondra-t-elle ? Oil, de lédissement et de la chose de quoi ses sires lui a doné poer ; et de héritages et de autre chose, non.

(3) Beaumanoir, XXX, 55 : « Se le feme d'un home fet rescousse ou se mesnie, li hons respons du fet, car il doit avoir tel feme et tel mesnie qui ne facent pas tel vilennie au seigneur ». — Aussi *Très ancienne coutume de Bretagne*, édit. Planiol, ch. 205.

femme n'obligent plus le mari, c'est déjà la solution actuelle (1). Signalons enfin que certains textes reconnaissent encore à la femme le droit d'obliger le mari sans autorisation, quand sa dette était motivée par une juste cause, exception très large qui pouvait permettre à l'épouse de souvent engager la communauté sans l'assentiment du mari (2). C'est alors la notion de société entre époux poussée très loin, plus loin même que chez Beaumanoir.

Déduisant toujours de la conception de l'autorisation maritale ses diverses applications, demandons-nous sous quelle forme devait se manifester ce consentement. Il est bien évident que si la « mainbournie » était une tutelle protectrice, elle devrait revêtir la forme d'une véritable « assistance ». Le tuteur ne protège efficacement son pupille qu'en s'assurant de la portée exacte de chaque acte à accomplir, et en donnant alors une autorisation expresse et spéciale s'il ne peut être présent en personne lors de l'opération juridique. Il en était ainsi à Rome. Mais quand on a reconnu au contraire

(1) Bouteiller, p. 1413 : « Et encore peux et doit scavoir que les biens de par le mary ne peuvent être compris pour le meffait de la femme. »

(2) *Assises de Jérusalem*, ch. CXCI : « Ensement, tout autre est tenu le mari de paier la dette de son moillier, si elle l'avet emprunté par juste chose, si come se elle l'emprunta por son vivre, ou por le luer de l'ostel, ou por se vestir, ou por ses enfants, tant comme ses maris estait hors de la vile, ou estait malade ou en prison. Mais se ele emprunta por sa puterie ou por sa mauvaiseté faire, ces maris n'en est tenu par dreit de rien paier ce, fors de tant comme l'on poreit veyr qu'elle en fust amendée por celuy emprest. »

à l'épouse une pleine maturité d'esprit, et assimilé le rôle du mari à celui d'un chef dont la suprématie serait néconnue si son subordonné pouvait s'engager et l'engager sans même lui en référer, il était logique aussi de rejeter pour la manifestation de ce consentement les formes spéciales à la tutelle. On ne demande pas au mari une « assistance », mais une « permission ». Et il faut reconnaître que les anciens auteurs se montraient très larges et libéraux sur la façon de comprendre cette « permission ». Elle n'était soumise à aucune forme particulière, il n'était pas nécessaire qu'elle fût expresse et sollicitée pour chaque acte. Le silence du mari averti vaut autorisation, il suffit qu'il sache et ne dise rien. La femme dispose-t-elle de ses biens, fait-elle le commerce, au vu et su de son époux, et sans opposition de sa part, les contrats qu'elle passe ainsi seront pleinement valables et réfléchiront contre la communauté sans que le mari puisse protester. Son action ne serait plus reçue si la femme démontrait qu'il avait certainement eu connaissance de ses intentions et l'avait tacitement approuvée. « Si que il aperte coze qu'il ne se melle de riens, et que le feme fait et mainburnit toutes les cozes qui a eus appartient », dit Beaumanoir au ch. 43, § 28, telle est bien la façon très large dont ces auteurs conçoivent le concours nécessaire du mari (1). Il est vrai que l'auto-

(1) Peut-être dans les *Assises de Jérusalem* est-il exigé quelque chose de plus précis et de plus formel que le simple aveu tacite du mari, ch. XXIII : « ... Et ce doit faire la feme mariée par l'otroi de

risation n'étant pas exigée dans des termes exprès, il pouvait y avoir lieu à discussion sur le point de savoir si la femme avait été certainement autorisée. Le mari pouvait contester qu'il eût donné un aveu tacite. Cet inconvénient disparaît des législations où est édictée la nécessité d'un consentement toujours exprès. Enfin il n'était pas nécessaire que cette autorisation émanât d'un mari majeur. Quoique mineur, il avait toujours le droit d'autoriser valablement l'épouse. Cette solution qui eût été absurde si le but de l'autorisation avait été de parer à l'inexpérience d'un incapable, était logique et suffisante quand ce but était seulement de constater la dépendance de la femme et la suprématie du mari (1).

son baron, soit il présent ou non à la vente, ce il a donné otroy et poier de ce faire et par court ». De plus, la femme devait jurer, avant de passer une vente, qu'elle agissait librement, en dehors de toute contrainte morale, en particulier du côté du mari «... si come il peut avenir que femes... pevent par plusors manières venir vendre leur héritages ou par prières ou force que lor baron lor face pour laquelle chose il convient que elle doye jurer avant coment elle cele veut par son bon gré et sa bonne volonté, et sans nulle force que son baron li ait fait.... »

(1) La coutume de Bretagne s'exprime ainsi (Edition Planiol, p. 132, ch. 81) : « ... Homme et femme mariés et qui sont minours ne sont pas hors de garde jusques à tant qu'ils ont leur aage... et si le home est en aage, il est curatour sa femme... Et si le mari a père, le père a lui li donra auctorité se il voulait proucedier des chouses communes ou de ceules au mari. Et se ils sont minours, ils auront l'un et l'autre curatour ou négociement. » L'art. 483 (rédaction de 1539) dit à son tour : « et si les dits mariés ont père, ils auront l'autorité de leur père ou pères. » Il nous semble que D'Argentré a mal interprété ces dispositions ne visant qu'une curatelle de mineurs mariés, quand sous l'art. 472, il commente ainsi : «... semper in potestatem viri transit... si tamen maritus minor est et femina, et mari-

§ 4. — Quelques particularités.

Tels étaient les traits essentiels de l'autorisation maritale dans le droit commun du XIII^e siècle. Le système était très net et très juridiquement conçu. Déjà, cependant, on trouve certains textes qui semblent présager l'avènement d'une conception nouvelle se détournant de notre vieux droit pour s'inspirer de la législation romaine. Tandis que chez Beaumanoir, la femme n'est nullement prise en suspicion, qu'elle n'est point incapable à raison de son sexe et qu'on lui permet, à condition d'être autorisée, tous les actes juridiques, on aperçoit ailleurs nettement le souvenir du droit romain où la femme était mise en tutelle, parce qu'on se méfiait de ses capacités. Ces idées de mépris pour le sexe féminin, on les rencontre déjà chez plusieurs auteurs, en même temps qu'ils ressuscitent et introduisent dans les coutumes le sénatusconsulte Velléien. Bientôt, nous verrons se dresser contre la femme tout un pamphlet d'accusations où s'uniront Romanistes et Canonistes.

C'est ainsi que, dès le XIII^e siècle, le livre de Jostice et de Plet, après avoir dit, p. 273 : « ...car ausint

tus in potestate patris mariti sunt : sin maritus major est, sed tamen filiusfamilias, mulier in potestate viri est, sed tamen auctoritate soceri opus habet, quadiu in potestate est, quia nec ipse quidem maritus aliter contrahit quam auctore patre ».

D'Argentré imbu d'idées romaines, a voulu entrevoir dans la coutume de Bretagne un reste de *patria potestas*,

comme l'on oste as femes office de juridiction, et por lor mors comme por la feblece de lor sens », défend à la femme d'être caution de son mari : « Emprès l'en deffant que fames ne soient pleiges por lor maris ».

La Très ancienne Coutume de Bretagne, elle aussi, contient des idées et des dispositions analogues. Elle ne veut point que les femmes déposent en justice : on n'ajoute point foi à leurs témoignages, pas plus qu'à ceux des gens de basse condition (1). Ailleurs, cette même coutume dispose que la femme reste en curatelle « pour ce que son san est plus faible que ceul à le homme » et aussi « pour ce que toutes malices pouent plus en la femme que en l'homme (2) ». On y trouve l'expression que la femme est « desresonable et de faible nature (3) », et, comme conséquence de ces exceptions, on lui défend d'intercéder pour autrui. Toutefois, elle pourra être caution de ses proches parents et de son mari (p. 301, lig. 29) : « femme ne se pout obligier pour autre si ce

(1) Très ancienne coutume de Bretagne, Planiol, p. 186, ligne 28 « fammes ne se doivent entremettre de droiz ni de coutumes, ne en estre office ne faire délivrances, ne ne doivent estre tesmoings de esplez de court. Ainczois doivent estre prouves par nobles giens ou par bourgeois de noble anceserie qui ont acoustumé à vivre honestement et à tenir table franche comme gientils hommes. Et ce que aurait esté fait par ceux vilains et femmes devrait être mis jus et à néant quand débat en sourdrait. »

(2) Edition Planiol, p. 131, ch. 80.

(3) P. 290 « quant homme et famme sont obligiez en un mesme contrat et chescun pour le tout, la exécution doit estre faicte sur les biens du mari tost premier tant comme ils pourront fournir avant que ceux à la famme encourgent... pour ce que la femme est des resonable et de feible nature ».

n'est pour son père ou pour sa mère, ou pour son seigneur époux, ou pour ses enffanz (1) ». Et cependant, cette coutume est très ancienne, elle est du début du XIV^e siècle ; les idées romaines, avant de pénétrer tout le droit coutumier, s'étaient donc déjà infiltrées dans la péninsule bretonne.

Bouteiller qui est déjà sur la limite des XIV^e siècle et XV^e abonde en expressions sur la débilite du sexe féminin (2) et il base très nettement la prohibition du Velléien sur la nécessité de secourir la femme toujours faible d'esprit et bornée d'intelligence. Ainsi, p. 1415, tit. 29 : « J'ai noté ci-dessus au premier livre ce qui appartenait à l'intelligence du sénat. Velléien, introduit pour secourir les femmes, lesquelles légèrement et par infirmité du sexe s'obligent pour autrui... » Et il répète en plusieurs endroits avec de longs développements cette idée que la femme ne peut pas intercéder

(1) Au contraire, remarquer que le Livre de Jostice et de Plet lui permettait d'intercéder pour tous sauf pour un mari (L. XVIII, t. II, p. 2, texte déjà cité, *suprà*). C'était plus logique, car la femme, si elle est faible, doit d'abord être mise en garde contre les influences de son mari. C'est ce principe que reprennent les législations les plus modernes sous une autre forme (ainsi l'art. 136 du nouveau Code italien qui décide que pour contracter avec le mari, la femme devra être autorisée de justice).

(2) Titre II, p. 1437 : « La femme aussi ne peut ne ne doit nullement estre juge, car au juge appartient très grande confiance et disertation, et la femme, de sa propre nature n'en est garnie... »

El encore, p. 1457 « Item sont privees femmes (d'être avocat) par raison de leur hastiveté, si comme fut Calphurnie qui ne pouvait souffrir que en nulle manière sa partie deffendit, ne que le juge y donnast appointement sans dire hastiveté au juge et à partie ».

pour autrui à cause de la facilité imprudente qu'elle met à s'engager (1).

Tous ces textes nous montrent bien que déjà au XIV^e siècle, on tentait de s'écarter du système de Beaumanoir. Le droit romain, renaissant en France, faisait sentir sa forte influence, pénétrait l'esprit des coutumes, toujours hostiles cependant à l'envahissement du Velélien, et on peut présager que les jurisconsultes postérieurs créeront une nouvelle conception du rôle de l'épouse et de l'autorisation maritale, en donnant comme base à cette institution des principes que Beaumanoir n'avait jamais soupçonnés. Mais en même temps que s'accroissait une transformation progressive des caractères de l'autorisation maritale, d'heureuses améliorations étaient apportées à son fonctionnement dès avant le XVI^e siècle. Nous allons voir en quoi elles consistaient.

§ 5. — Améliorations apportées par l'ancien droit.

Ainsi, nous venons d'analyser les principaux caractères de l'autorisation maritale dans le très ancien droit. Nous avons vu quels étaient son fondement, ses cas d'application, et la forme qu'elle devait revêtir. Il ne faut pas se dissimuler que malgré une conception large

(1) Ainsi, par exemple, p. 1413, parlant de la pleigerie pour autrui, il dit : « Item encore veut la loi écrite pour secourir à la débilité des femmes qu'il soit fait de la manière qui s'ensuit... »

de cette institution, malgré l'idée assez élevée du rôle réservé à la femme qui n'est plus une incapable, mais une associée seconde à côté d'un associé chef, la condition de l'épouse était assez rude. Non seulement le mari avait le droit de la battre (1), reste d'un état de mœurs primitives, mais encore elle n'avait aucun moyen d'échapper aux abus de sa puissance : s'il lui refusait injustement son autorisation pour des opérations utiles, elle devait s'incliner sans aucun recours possible contre une décision sans appel. Et cependant, on conçoit très bien qu'il est des circonstances où le mari peut se faire un jeu et un plaisir d'affirmer son pouvoir de maître, et, négligeant les intérêts de sa femme, de lui refuser systématiquement son concours. Il lui fallait subir ces excès qu'aucune juridiction n'avait droit de contrôler : la séparation de corps s'obtenait très difficilement, et la coutume n'avait point encore créé la séparation de biens ni l'autorisation de justice au refus du mari. Des changements améliorant la condition de la femme mariée étaient nécessaires et désirés ; une réaction contre l'omnipotence maritale se préparait dans le droit coutumier, et bientôt des modifications sensibles apparaissent : l'autorisation de justice et la séparation de biens.

(1) Beaumanoir : « Car il loist à l'homme battre sa feme sans mort ni méhaing quand ele meffet ; si come quand ele est en voie de faire folie de son cors, ou quand ele dément son baron ou mavdist, ou quand ele ne veut obéir à ses resnables commandements que prode feme doit fere ; en tels cas et en semblables est-il bien mestiers que li maris soit castierres de sa femme resnablement. »

Autorisation de justice. — Totalelement inconnue de Beaumanoir, l'autorisation de justice fut innovée pour deux circonstances spéciales : quand le mari refusait son consentement et quand il était absent. Dans les deux cas, la nouvelle institution ne partait pas du même principe : donnée au refus du mari, elle était une amélioration de la théorie générale de la puissance maritale : donnée au cas d'absence, elle reposait sur des conceptions qu'ignorait le vieux droit des coutumes ; dans ce dernier cas, on l'appela l'autorisation supplétive. Voyons d'abord la première hypothèse.

I. — L'autorisation de justice accordée au refus du mari apparaît seulement à la fin du XIV^e siècle. La coutume de Bretagne (qui est de l'an 1320 à 1350 d'après M. Planiol) n'en fait pas encore mention ; elle suppose toujours l'omnipotence maritale, sans aucun appel possible (1). C'est dans Bouteiller que pour la première fois est admis un recours de la femme en justice. Voici ce texte : « Item n'est à recevoir femme étant en lien de mariage si ainsi n'était qu'elle fut autorisée de son mari ou de son prince, nonobstant son mary, et de ce eut Lettres et entérinement de juge compétent, parties appelées sur ce... » (2). Il faut bien remarquer que c'est alors un recours tout exceptionnel, admis seulement

(1) Edition Planiol, n° 205 : « Ainsi que el est tenue à requerre son seigneur de li donner autorité, au cas que son seigneur ne s'en vaudrait antremetre ne rien en poursuivre et suffirait le requerre sans autorité ».

(2) L. I, t. IX.

pour les actes judiciaires, et d'autre part exigeant l'intervention de l'autorité royale. La femme s'adressait au Prince qui, par des « Lettres royaux », lui permettait d'agir malgré son mari. La réforme n'était donc pas encore bien considérable puisque pour tous les actes extrajudiciaires l'épouse restait encore à la discrétion du mari, et que dans le cas où ce refus était susceptible d'appel, le recours devait être porté à une juridiction trop élevée, avec des formes trop compliquées, pour qu'il soit commode et pratique.

Longtemps il en fut ainsi : les coutumes ne toléraient l'intervention d'une autorité supérieure au mari que quand il s'agissait d'un procès. La coutume de Troyes encore, rédigée en 1509, consacre cette solution dans son article 80 (1). Coquille lui-même n'en fait l'extension aux actes extrajudiciaires qu'avec des restrictions étroites (2), et enfin Davot, commentant Loysel, écrit sous la règle XXII (L. I, t. II) : « Il paraît par toute la teneur de cette règle que ce n'est que dans le cas d'un procès et pour ester en jugement que l'auteur a dit que la femme serait autorisée par justice au refus du mari,

(1) Coutume de Troyes de 1509, art. 80 : « La femme mariée est en la puissance de son mary, supposé qu'elle ait père ou aïeul paternel, en telle manière qu'elle ne peut faire contrat entre vifs, ni ester en jugement sans l'autorité de son dit mary, ou de justice quant aux actes judiciaires. »

(2) Coquille (dans Oeuvres, *Institution au Droit Français*, p. 62) «.... car, dit-il, pour contracter et s'obliger je croy que la justice ne la doit autoriser, sinon après avoir ouï le mary et si la disposition qu'elle veut faire lui est nécessaire ou utile et honnête ».

elle ne le pourrait être ni pour contracter malgré son mari, ni pour donner entre vifs ». La raison d'être de cette distinction, c'était que la femme autorisée par justice à plaider restait pendant tout le procès sous la surveillance du tribunal qui pouvait la guider, l'éclairer, tandis que pour les actes extra-judiciaires, lui donner autorisation, c'était la laisser agir sans aucun contrôle et protection.

Quant à la forme à employer pour obtenir cette autorisation, elle fut la même jusqu'au XVI^e siècle. Jusque-là, il fallut des « Lettres royaux » émanant du prince lui-même (1). De plus, il n'était statué qu'en connaissance de cause : « parties appelées sur ce » dit Bouteiller (p. 69). C'est-à-dire que le mari était entendu sur les motifs de son refus, et la femme sur l'utilité qu'elle avait à agir. Nous suivrons d'ailleurs le développement de cette autorisation judiciaire et l'extension qui lui fut donnée avec les grands jurisconsultes des XVII^e et XVIII^e siècles. Pour le moment, remarquons seulement qu'une brèche est faite à la toute puissance du mari, et qu'elle n'ira que s'agrandissant.

II. *L'autorisation supplétive*. — Cette nouvelle application de l'autorisation de justice, avons-nous déjà fait remarquer, part d'un principe inconnu du très ancien

(1) Lemierre (thèse, *Autorisation de justice*) fait remarquer que Dumoulin semble même connaître les « Lettres royaux ». En effet, sous l'article 106 de l'ancienne coutume de Paris, il dit : « ... ut una quae habuit Lettres royaux pour estre à ce autorisee par le roy et par justice in absentia mariti, sed succubuit. »

droit. Elle suppose une nouvelle conception de la capacité de la femme, une tendance à l'assimiler à un mineur qu'il faut protéger et l'avènement d'un système où l'autorisation maritale est une assistance, une tutelle, et non plus seulement une règle de dépendance entre époux.

Déjà au XIV^e siècle, nous avons trouvé des textes enfermant en germe la nouvelle théorie. Déjà ces auteurs et ces coutumes en tentant d'introduire en pays coutumiers le sénatusconsulte Velléen, abondent en termes de mépris pour la femme dans laquelle ils n'aperçoivent qu'un être débile et faible d'esprit. Si elle est réellement inférieure à l'homme en intelligence, il est alors rationnel de ne la laisser agir que sous un certain contrôle ; son mari sera son protecteur naturel quand il sera présent, et le juge devra le suppléer dans ces fonctions quand il sera absent ou empêché. Telle est la conception qui se manifeste déjà au XIV^e siècle, et qui se traduira par un grand mouvement juridique dans les siècles suivants. Tels sont les motifs, la raison d'être de cette autorisation supplétive qui commence à apparaître dans le Grand Coutumier, et prendra plus tard un immense développement sous les influences romaine et canonique. Dans le Grand Coutumier, il n'est question de cette autorisation supplétive que pour le cas d'absence du mari, et d'autre part, elle n'intervient que pour les actes judiciaires « Livre II, ch. XXXII, édit. Dareste et Laboulaye : « Item nota que femme mariée

ne peut estre en jugement sans autorité de son mari ; mais se le mary est absent pour longtemps, le juge en la faveur de la femme la peut bien autoriser supplendo ». On se rappelle au contraire que chez Beaumanoir, lorsque le mari était absent ou dans l'impossibilité morale d'agir, la femme recouvrait toute liberté ; et, sans qu'aucun consentement aucun concours lui soient nécessaires, elle accomplissait alors valablement toutes sortes de contrats, y compris les actes judiciaires, qui devenaient exécutoires sur les biens de la communauté. Le Grand Coutumier marque une première atteinte portée au système ancien : la justice suppléant le mari, n'intervient encore que dans des cas tout particuliers et avec les mêmes formes que nous avons vues pour le cas de refus d'autorisation par le mari ; mais le fondement même de l'autorisation maritale étant ébranlé, l'autorisation supplétive sera bientôt étendue à des événements multiples comme l'interdiction, la condamnation ou la minorité du mari. De plus, les actes extrajudiciaires n'en seront plus exceptés. Ainsi, tandis que l'autorisation de justice donnée au cas de refus, est une amélioration de la condition de la femme mariée, l'intervention supplétive au contraire marque plutôt un recul vers les idées romaines, et un arrêt brusque dans l'évolution émancipatrice de l'épouse. Il n'en est pas de même d'une autre institution coutumière qui vint bientôt s'ajouter au régime matrimonial, et affranchir davantage la femme

de sa dépendance complète vis-à-vis du mari. Ce fut la séparation de biens.

Séparation de biens. — Le mari, chef de la communauté, l'administrait en maître. Il disposait en toute liberté des meubles, mais il lui fallait le consentement de sa femme pour aliéner les immeubles acquis. S'il arrivait que par suite d'une gestion maladroite, l'avenir du patrimoine commun était très gravement compromis, il semble qu'il eût été équitable alors de permettre à la femme, après une sentence judiciaire de séparation, de reprendre le gouvernement de ses propres et de lui laisser désormais plus d'indépendance vis-à-vis de son mari incapable de bonne administration. Il n'en était cependant pas ainsi à l'origine. Au temps de Beaumanoir, la femme doit souffrir la volonté de son seigneur quelles que soient les conséquences désastreuses de ses actes.

Elle ne peut rien contre ses dilapidations. « Se feme requiert, dit Beaumanoir, que division soit faite des biens de son mari, on ne doit pas obéir à sa requeste ; car li maris de droit commun, est sires de ses biens et des biens à se feme (1). » Il admet à peine que dans des cas très graves et déterminés, où le mari, par exemple, se montre d'une excessive brutalité, la femme puisse se séparer de lui, quitter le domicile conjugal, et réclamer une sorte de pension fixée par le juge. « Et s'il ne

(1) Beaumanoir, LVII, § 2.

veut, et le justice voit que ce n'est pas es coupes de le feme, prendre doit des biens au mari tant qu'ele soit porveue soufisament (1). »

Ainsi la séparation de biens n'existe point encore au XIII^e siècle. Quand apparut-elle ? Il est difficile de fixer une date précise, mais ce dut être vers la fin du XIV^e siècle. Certains croient la voir déjà au XII^e siècle dans une disposition des Assises de Jérusalem. Mais il s'agit seulement dans ce texte du cas où la femme peut obtenir du vivant de son mari la délivrance de son douaire à cause de sa mauvaise administration. Ce n'est pas une véritable séparation de biens. Voici ce texte : « Bien sachés que c'il avient que uns homs qui ait feme commence à guier et à bevre et au manger et à destruire canque il a, si qu'il commence par se apouvrir, la raison commande que la femme peut bien demander son douaire (2). » Au reste, le seul point qui nous intéresse est de connaître l'influence de la séparation de biens, quand elle eut été admise, sur l'autorisation maritale. Cette question soulèvera plus tard de très longues discussions, et les jurisconsultes ne seront point unanimes. C'est qu'en effet la solution devait être une conséquence directe du fondement donné à l'autorisation, et l'on sait qu'il y eut sur ce dernier point des variations successives. Toujours est-il que l'ancien droit déliait complètement la femme séparée de biens de l'autorisation mari-

(1) Beaumanoir, LVII, § 2.

(2) *Assises de Jérusalem*, 64, XXI.

tale. Ce qui nous prouve qu'il en était ainsi, ce sont les vestiges de cet ancien régime que l'on retrouve dans de nombreuses coutumes, par exemple dans celle de Montargis (1), et dans celle d'Orléans avant sa révision (2). Ce sont aussi les opinions des jurisconsultes du XVI^e siècle tels que Dumoulin sur les articles 170 et 232 de la coutume du Bourbonnais et sur lesquels nous aurons plus tard à revenir. Et d'ailleurs, cette solution de l'ancien droit était tout à fait conforme avec les circonstances dans lesquelles naquirent la communauté et l'autorisation maritale. Ces deux institutions, nées ensemble, s'étaient développées ensemble. Le mari, disait-on, était chef de la « compagnie » c'est-à-dire de la communauté. Que cette société de biens soit dissoute, il parut logique aux jurisconsultes de cette époque de laisser à chaque époux son indépendance pour la gestion et la disposition de son patrimoine. La femme échappait ainsi complètement au contrôle de son mari, et cela même pour les actes juridiques les plus graves. On finira plus tard par arriver à une transaction qui conciliera les droits du mari et les droits de la femme séparée, mais peut-être aux dépens de la rigoureuse logique.

§ 6. — Sanction du défaut d'autorisation.

Lorsque la femme a signé un contrat avec l'autorisation de son mari, ce contrat produit plein effet. Le

(1) Commentaire de L. Hoste, ch. VIII, art. 6.

(2) C'est Pothier qui nous le dit, section II.

créancier est même mieux favorisé que s'il eût passé acte avec le mari seul, car dans ce dernier cas, il n'aurait action que sur les biens du mari et de la communauté. Dans la première hypothèse au contraire, sa créance est, de plus, exécutoire sur les propres de la femme. Il sera donc rare que les tiers consentent à entrer en relations avec celle-ci, sans exiger le concours, même tacite, du mari. Si cependant, la femme s'était engagée seule et sans le consentement nécessaire, quel va être le sort de sa dette ? Quelle sera la situation respective des co-contractants et du mari ?

Quant au tiers d'abord : celui-ci, même en admettant qu'il y eût gros intérêt, ne peut évidemment point invoquer la nullité de son contrat. L'autorisation est exigée non pas en sa faveur, mais dans le seul intérêt du mari ; d'autre part, elle n'est pas une de ces dispositions légales d'ordre public auxquelles on ne puisse manquer sans que l'acte accompli soit nul, de façon catégorique, absolue et à l'égard de tous. Le tiers reste donc lié par son contrat.

Quant au mari : son autorité a été méconnue. La femme, son subordonné, a passé un acte sans lui en référer et obtenir son aveu comme la loi l'ordonne, il a le droit de faire tomber cet acte. L'exécution de l'engagement ne peut avoir lieu à son préjudice sur aucun patrimoine : « Fame, dit Beaumanoir, qui est en mariage, ne puet plegier ne dete fere ; et se ele fet, son ba-

ron n'i est de rien tenu (1). » De même le livre de *Jostice et de Plet* décide : « Qui done feme en plege sans le seu au seignor, ne done nul pleige (2). » Même solution dans les *Assises de Jérusalem* : « S'il avient que un home prent une fame en plegerie et cele feme a baron, bien sachés que le baron la peut bien oster de la plegerie, ce il veut (3). »

Enfin est-ce une donation que la femme a faite ? Le mari pourra la faire révoquer : « Voire est que nul don que fame mariee face soit de son héritage, soit de s'aqueste ou de son meuble el sans de son mariage, n'est à tenir que ses barons ou si hoir nel puissent rapeler, s'ele nel fet de l'auctorité et de l'assentiment de son baron (4). »

Et maintenant quant à la femme : ce n'est pas dans son intérêt qu'on exige l'autorisation qui n'est point

(1) Beaumanoir, XLIII, § 22.

(2) *Jostice et Plet*, p. 88. Et aussi p. 273 où la sanction est ainsi édictée : « ... et se ele fet, ne vaut rien ».

(3) *Assises de Jérusalem*, ch. CXXXII. En note, Beugnot ajoute : « Les mots « ce il veut » montrent que l'incapacité n'était point absolue et que le mari devait juger s'il lui convenait ou non de faire sortir celle-ci de plegerie. L'usage avait sans doute fixé un délai à l'expiration duquel le mari était regardé comme approuvant l'engagement pris par la femme, sinon la plegerie serait restée incertaine. En France, au contraire, l'interdiction était formelle. » En un mot, dans les *Assises* la nullité aurait été relative par rapport au mari qui pouvait la couvrir ; chez Beaumanoir, elle eût été absolue et catégorique toujours par rapport au mari. Cette distinction basée sur ces mots « ce il veut » opposés à l'expression de Beaumanoir « ne puet » nous paraît bien subtile.

(4) Beaumanoir, LXX, § 7.

pour elle une mesure de protection. Elle n'est pas présumée avoir manqué d'intelligence ni d'habileté, et si elle était fille ou veuve, son engagement serait parfaitement valable. Le vice de l'acte résidant seulement dans l'atteinte portée à la puissance maritale, elle ne peut avoir le droit de l'attaquer ; le mari, seul lésé, a seul cette faculté. De telle sorte qu'à la mort du mari l'acte qui n'a pu de son vivant recevoir d'exécution, recouvrera pleine efficacité sur les biens de la femme ; celle-ci, alors, sera tenue de donner suite à son engagement : « Car si tost comme ses barons est mors, elle revient en sa plaine volenté, et convient que ele responde de son fes, tout soit ce qu'ele n'en fust pas tenue à répondre el tans de son baron (1). » Et ailleurs : « Se feme plege el tans de son baron sans son autorité et li baron meurt, et ele est sivié de la plegerie ele en doit repondre (2). » De même si elle a fait une donation, elle ne peut pas en obtenir l'annulation (3). C'est encore cette idée qu'exprime cette décision de Jean Desmares (289) : « Item fame mariee fere ne puet accors,

(1) Beaumanoir, XLIII, § 27.

(2) Beaumanoir, XLIII, § 17.

(3) Beaumanoir, LXX, § 7, « ne porquant si ele done aucune coze et li baron se taist, parce qu'il ne le set pas, ou parce qu'il li plet que li dens tiengne, tout soit ce qu'il ne feint point d'otroi et après muert, et la fame veut rapeler son don : ele ne pot pas, ne doit estre oyé, en cel cas, ançois doit être li dons tenus, quant à ce qu'ele ne le pot rapeler ; car tout soit que li barons le peust rapeler à son vivant, puisqu'ele meigne en se franche poeste il convient qu'ele tiegne son fait ».

contraulx, obligations, ne autre chouse quelconque au préjudice d'elle ne de son mari sans le consentement de son dit mari. » « Au préjudice d'elle ni de son mari » c'est à peu près l'expression qu'emploiera Dumoulin, mais ce jurisconsulte y ajoutera une tout autre signification.

Ainsi le défaut d'autorisation ne prive d'effet l'engagement que pendant la vie du mari ; et la femme ne peut ensuite se soustraire à son exécution. Dans une terminologie inconnue du XIII^e siècle, on eût pu dire qu'il y avait nullité relative au profit du mari, et que sa mort emportait ratification, rendait l'acte inattaquable.

Nous avons ainsi analysé les caractères de l'autorisation maritale dans le très ancien droit. Tout le système basé sur l'idée de suprématie du mari et de l'obéissance qui lui est due nous paraît très juridique et surtout très logique dans ses diverses conséquences. La femme non incapable, mais subordonnée ; dispensée de tout consentement quand par suite de certaines circonstances elle supplée le mari empêché à la direction des affaires ; l'omnipotence maritale corrigée partiellement par un recours à la justice, enfin cette autorisation soumise à aucune forme spéciale, et son défaut pouvant être invoqué par celui-là seul qui doit la donner, tels sont les principaux traits sous lesquels on peut résumer la conception des anciennes coutumes. Nous allons voir qu'à la suite de diverses influences, de profondes transformations bouleversèrent successivement cette institution de notre droit matrimonial.

CHAPITRE III

L'AUTORISATION MARITALE APRÈS LE XV^e SIÈCLE.

SECTION I. — L'influence romaine et le droit canon.

§ 1. — Influence romaine.

Durant tout le moyen âge, l'étude du droit romain avait été beaucoup délaissée. La nouvelle société en formation, née de la fusion des Barbares germaniques et de l'élément gallo-romain, sans cesse harcelée par de nouvelles invasions du nord ou du midi, émietlée par la féodalité, et absorbée dans les luttes perpétuelles du pouvoir monarchique trop faible contre des vassaux trop puissants, avait perdu toute culture intellectuelle. C'est à peine si le souvenir des lettres latines s'était conservé dans les couvents et les abbayes où les clercs de l'Église lisaient encore les anciens classiques. Au reste, le droit romain répugnait aux sentiments de cette jeune nation. C'est ainsi, par exemple, que ses conceptions de la famille si juridiquement construites, mais si artificielles, ne pouvaient s'harmoniser avec les mêmes conceptions beaucoup plus naturelles, apportées de la Germanie par les Francs. La famille ger-

maine et franque, qui était une association de parents unis par les liens du sang, et où chacun de ses membres avait ses droits et sa personnalité, ne cadrerait plus du tout avec cette famille romaine, groupe de personnes dont le trait d'union n'était qu'une soumission commune à une même autorité domestique. L'Occident, tout empreint de ces sentiments plus conformes aux aspirations d'une société qui est encore trop nouvelle et naïve pour se plaire dans l'abstraction juridique, se détourna donc avec quelque dédain des textes romains.

Mais au XII^e siècle, surgit en Italie une véritable renaissance du droit romain. Il sort de la tombe où, depuis des siècles, il sommeillait. L'école de Bologne donna l'essor, et sous une grosse impulsion qui fut donnée à son étude, il franchit les Alpes et fut partout enseigné. De sa précision, de sa logique, toutes les âmes s'éprennent : les légistes l'apprennent avec passion et s'en font même une arme pour restaurer chez le roi de France, le pouvoir absolu des Auguste. Dès lors, les coutumes furent débordées, elles s'imprégnèrent des idées romaines et les jurisconsultes s'acharnèrent à vouloir concilier le droit coutumier avec la législation renaissante. Spectacle étrange que celui de cet effort tenté pour accommoder à l'esprit du droit romain des institutions que celui-ci n'avait jamais connues ! Et c'est à ce point que Pasquier, l'un des éloquents défenseurs des traditions coutumières, a pu

dire : « Il est désormais temps qu'ostions cette folle appréhension qui occupe nos esprits, par laquelle mettons sous nos pieds ce qui est du vrai et naïf droit de la France, et réduisons tous nos jugements aux jugements des Romains, ne nous advisans pas que tout ainsi que Dieu nous voulut séparer de l'Italie par un haut entrajét de montagnes, aussi nous sépara-t-il presque en toutes choses, de mœurs, de lois, de nature et de complexions... Mon Dieu, que j'ai de honte que, pour sauver nos causes, nous perdions le droit de la France ! »

Ces exclamations d'un nouveau Caton contre l'envahissement du droit romain, comme l'antique Caton protestait contre l'envahissement du luxe et le déclin des mœurs austères, montrent bien quelle énorme influence eut au XVI^e siècle sur nos coutumes la renaissance romaine. « Droit haineux est le droit, qui par le moyen de la coutume du pays est contraire au droit écrit » s'écrie Bouteiller (1), tant est vive la prédilection des juristes pour la loi de Rome.

Cette loi, cependant, au lieu de l'union des patrimoines sous le régime de communauté, n'avait prescrit que le régime dotal et la séparation des intérêts ; au lieu de l'autorité maritale, elle avait édicté l'indépendance respective des époux et la complète liberté de la femme mariée. Mais elle avait connu la tutelle perpétuelle des femmes qu'elle tenait en défiance à cause de leur sexe, et qu'elle ne voulait point voir se mêler aux actes de la

(1) Bouteiller, p. 3, édit. Charondas.

vie publique. On se rappela alors ces lois somptuaires dirigées contre le luxe, la débauche, et la légèreté des femmes. On retrouva la loi Voconia, les lois Juliennes et Papiennes, puis le sénatus-consulte Velléien, et toutes ces prescriptions enfermant l'activité juridique de la femme dans le cercle des affaires privées, et lui défendant de s'ingérer dans les offices virils. « Ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres (1). »

Pierre de Fontaines déniait à la femme le droit de juger ne fera guère que répéter le Digeste « nec judices esse possunt... nec postulare... nec procuratores existere » (2). Désormais les romanistes stigmatiseront la femme avec plus de virulence encore que les contemporains attristés des scandales du règne de Claude, son sexe apparaît volage et débile et on le couvre de tous les vices. « Sunt enim in hoc animante effraenes motus, efferata iracundia, impetus concitati, magna consilii inopia et imbecillitas iudicii, superbia indomita » (3) dit d'Argentré. Et Chassaneus, dans deux vers d'allure fantaisiste, peint ainsi la femme : « Quoi de plus léger que la fumée ? la flamme. Quoi de plus que la flamme ? le vent. Quoi de plus que le vent ? la femme. Quoi de plus que la femme ? Rien (4). » Le Songe du Verger

(1) D. III, I, frag. 4 § 5.

(2) P. de Fontaines, ch. XIX, § 74 ; et Digeste, loi 17, frag. 2.

(3) D'Argentré, art. 410 de la *Coutume de Bretagne*, glose 2, n° 2.

(4) Chassaneus, *Coutume de Bourgogne*, III, § 5, n° 29 :

« Quid levius fumo ? Flamen. Quid flamine ? Ventus.
Quid vento ? mulier. Quid muliere ? Nihil. »

énumère les neuf mauvaises conditions de la femme, nous les donnons en note à titre de curiosité, et pour bien montrer jusqu'à quel point fut poussé le mépris du sexe (1).

Toutes ces imprécations des Romanistes, qui se trouvaient déjà sous la plume des Pères de l'Eglise, devaient complètement bouleverser la condition juridique de la femme. Capable chez Beaumanoir où on l'estimait même apte à tenir un fief, gouverner et juger ses vassaux, elle aurait dû logiquement, à la suite de ces nouveaux sentiments de mauvaise humeur à son égard, retomber comme à Rome sous une tutelle perpétuelle. On n'alla pas jusque-là, et c'est même alors qu'apparaît la bizarrerie de la solution adoptée. Nous verrons en effet qu'on ne prit sa prétendue faiblesse en considération, que si elle était mariée, et qu'on assimila l'autorisation maritale à la tutelle protectrice des mineurs, comme si le mariage avait pour conséquence d'affaiblir ses facultés mentales ! C'est pour la protéger qu'on tentera, sans

(1) Le songe du Verger (Cité dans Laboulaye, *Condition des femmes*, p. 460) : « 1^o une femme de sa propre nature procure son dommage comme il est écrit en la loi : Cod. de spons., loi 4 ; 2^o femmes, de leur propre nature si sont très avarés ; 3^o leurs volontés si sont très soudaines ; 4^o elles sont jongleresses de leur propre nature... De rechief, femmes sont réputées d'être fausses, et pourtant selon droit civil une femme ne peut pas être reçue en témoin au testament. De rechief, une femme fait toujours le contraire de ce qu'on lui commande faire... De rechief, les femmes si allèguent volontiers et racontent leur propre vitupère et honte. De rechief, elles sont cautes et malicieuses, et pour ce dit une loi que chacun doit être content, s'il peut départir de leur contraire sans perte et sans gain. »

grand succès d'ailleurs en pays coutumiers, de lui défendre comme à Rome l'intercession pour autrui et d'introduire le Velléien ; dans le même but, on essaiera aussi, et là on réussira, de prohiber les dons entre époux ; et Dumoulin, par crainte d'avantages indirects consentis surtout par la femme, prohibe tous contrats entre mari et femme : *nullum contractum etiam reciproquum facere possunt nisi ex necessitate* (1).

Ainsi, à la suite d'une conception différente du rôle de la femme inspirée par le droit romain, on vêtira l'autorisation maritale des formes de l'*auctoritas tutoris*, et l'on sera bien loin de la « mainbournie » des anciennes coutumes. « Trop fidèles à leur habitude de chercher dans les Pandectes le secret d'institutions que Rome n'avait jamais connues, dit Gide (2), les Romanistes français des XV^e et XVI^e siècles ne manquèrent pas d'y chercher aussi l'explication du pouvoir marital et ils crurent la trouver dans les textes qui parlent de l'imprudence, de la fragilité, de l'imbécillité de la femme. Dès lors, l'autorité maritale se transforma à leurs yeux en une tutelle à la romaine destinée à secourir la femme comme un pupille et à la protéger contre sa propre faiblesse. » Presque tous les auteurs qui vont du XVI^e siècle à la Révolution sont pleins de souvenirs romains, de comparaisons faites entre la situation de l'épouse et celle du pupille romain, et c'est de cette pré-

(1) Dumoulin, sous l'article 256 de la coutume de Paris.

(2) Gide, *Condition de la femme*, p. 425.

tendue analogie qu'ils tireront tous les caractères de l'autorisation du mari. Tiraqueau (1) surtout, dont l'influence fut grande, abonde en renvois à la législation romaine, et ces citations constantes rendent d'ailleurs sa lecture difficile tant sa pensée est embarrassée et enveloppée dans des phrases tirées des jurisconsultes anciens. On ne peut lire chez lui une seule page où il soit question de la condition juridique des femmes mariées, sans qu'immédiatement il évoque la situation du mineur à Rome, et les solutions qu'il donne, nous le verrons, sont toujours justifiées par des allusions aux textes latins traitant de la tutelle. Il en est de même par exemple encore de Loyseau ou de Chassaneus (2), qui

(1) Tiraqueau, *Leges connubiales*.

(2) Chassaneus, sur la coutume de Bourgogne, parlant des gens mariés, dit : « quia ut sæpe dixi æquiparantur circa ista pater et filius, maritus et uxor ». L'épouse est ainsi comparée au fils romain.

De même Loyseau compare l'épouse de nos coutumes à la mère de famille romaine, et la puissance maritale à la *manus* et à la *potestas* du père de famille : *Des offices*, L. V, ch. II, n^{os} 26 et 27 : « Car il faut prendre garde que nos mariages de France ressemblent du tout à ceux de l'ancien droit romain qui se faisaient « per coemptionem ». De sorte qu'en effet la puissance maritale demeure telle à peu près que la paternelle, et ainsi que la mère de famille était à Rome en semblable puissance du père de famille que le fils de famille. »

Dans le « déguerpissement », L. 2, ch. IV, il compare la situation de la femme mariée à celle du fils de famille à Rome. Puis il compare les droits du mari sur les biens de la femme aux droits du mari romain sur les biens dotaux. On sent en un mot à chaque pas chez cet auteur, l'énorme influence de la législation romaine.

Gide, p. 286, montre comment aussi au XVI^e siècle on assimila en Allemagne par un mouvement analogue à celui qui se dessinait en France, la tutelle des femmes à celle des pupilles romains.

vont toujours chercher des arguments dans le Digeste. Quand nous passerons en revue les différents traits de l'autorisation au XVI^e siècle, nous constaterons ces analogies invoquées entre la femme et le pupille, et les conséquences qui en ont été tirées. C'est le mot même *auctoritas tutoris* qui a été en partie cause de tant de confusion de la part de nos jurisconsultes.

§ 2. — Influence canonique.

Ces idées de mépris ou de pitié pour la femme que les juristes du XVI^e siècle avaient puisées ou cru puiser dans le droit de Rome, se retrouvent chez les canonistes. Sans doute le christianisme avait proclamé l'égalité des deux sexes et l'avait fait admettre par les anciennes coutumes. Mais le droit canon oublia souvent ce précepte de sagesse et d'équité ; et les clercs de l'Eglise qui ne pouvaient pardonner aux femmes le premier péché de leur mère, ne se montrèrent jamais favorables à l'extension de leur capacité civile. Ils eurent souvent pour elles des diatribes amères, des satires violentes, dont l'influence se mêlant aux souvenirs romains de la tutelle féminine eut un retentissement sur les règles de l'autorisation maritale. Pour eux, la femme est un être vraiment inférieur à l'homme, en même temps que faible et pervers d'esprit. Ils s'élevèrent surtout contre son immixtion dans ce que l'on appelait à Rome « les offices virils » ; ils ne pouvaient admettre qu'elle sortît

de la vie privée, laissant le « gynécée » et le fuseau pour les luttes et les discussions de la vie publique (1). Les textes des Pères de l'Eglise sont nombreux où l'on peut relever ce profond dédain du sexe féminin. Sans cesse revient à leur esprit que c'est une femme qui perd le monde, et que la compagnie de l'homme est le refuge de tous les mauvais penchants. Il y a là une exagération excessive du *vir caput* de saint Paul ; on y sent comme un malicieux désir d'humilier et d'avilir la femme. Tertullien, par exemple, s'adressant à elle s'écrie : « Tu es la porte du démon, tu as touché à l'arbre défendu, tu as déserté la loi divine, tu as perverti celui que Satan n'osait attaquer en face (2). » Il n'y a qu'à ouvrir Tiraqueau dans ses *Leges connubiales* et l'on y trouve rapportées, sans beaucoup d'ordre d'ailleurs, de nombreuses citations en ce sens tirées des Pères de l'Eglise, surtout de saint Jean Chrysostôme et de saint Augustin ; et de même, dans le *Corpus juris canonici* (3).

(1) Un synode tenu à Nantes en l'an 893 (rapporté dans Labeus, t. IX, p. 468) fulmina contre cette immutation des femmes : Canon 19 : « Mirum videtur quod quædam mulierculæ contra divinas humanasque leges... et negotia regni utilitatesque reipublicæ magis perturbant quam disponunt, cum indecens sit et etiam inter barbaras gentes reprehensibile, mulieres virorum causas discutere, et quæ de lanificiis suis et operibus textilibus et mulieribus inter gynæcea sua residentes debuerant disputare, in conventu publico, ac si in curia residentes, senatoriam sibi usurpant auctoritatem... »

(2) Tertullien, *De cultu feminarum*, L.I, p. 1 : « Tu es diaboli janua, tu es arboris illius resignatrix, tu es divinæ legis prima desertrix, tu es quæ eum suasisti quem diabolus aggredi non valuit. »

(3) Dans le *Corpus juris canonici*, la supériorité de l'homme est établie par de multiples canons, et la faute originelle de la femme

Ainsi, d'une part, les Romanistes, fanatiquement épris de la législation romaine, n'aperçoivent dans celle-ci que les lois et les institutions qui furent défavorables aux femmes et eurent pour rôle de limiter leurs droits et leur capacité. Ils poussent à l'exagération l'esprit de défiance du sexe qui inspira ces mesures et s'attachent à interpréter l'autorisation maritale, ignorée de Rome, avec les sentiments hostiles qu'ils croient voir chez les Romains à l'égard de la femme. Et d'autre part, les canonistes oublient que le christianisme proclama l'égalité des sexes pour ne se rappeler que la faute originelle, et conclure à l'infériorité morale des femmes en forçant et dénaturant l'idée contenue dans les mots « *vir caput* ». — Les jurisconsultes analysent les formules chrétiennes qui renferment le principe de l'autorité

est à chaque instant rappelée : ainsi : *Causa XXXIII*, question V, cap. XVII : « *mulierem constat subjectam dominio viri esse, et nullam auctoritatem habere : nec docere enim potest, nec testis esse, neque fidem dare nec judicare, quanto magis non potest imperare ?* Remarquer ici la sévérité du droit canon. Le droit romain en excluant la femme des offices virils n'allait pas aussi loin. *Caput XVIII* : *Adam per Evam deceptus est, non Eva per Adam. Quem vocavit ad culpam mulier, justum est ut eum gubernatorem assumat, ne iterum feminea facilitate labatur.* »

Le *Caput XIII* rappelle que l'homme seul a été fait à l'image de Dieu : « *Hæc imago Dei est in homine ut factus sit quasi dominus... ideoque mulier non est facta ad imaginem Dei... Vir quidem, ait apostolus, non debet velare caput suum quia imago Dei est : mulier autem ideo velat, quia non est gloria aut imago Dei.* »

Le *Caput XV* formule que la femme qui désobéit à son mari est coupable de la même faute que le mari désobéissant au Christ : « *Cum caput mulieris vir sit, caput autem viri Christus, quæcunque uxor non est subicitur viro suo, hoc est, capiti suo ejusdem criminis rea est, cujus et vir, si non subiciatur Christo capiti suo...* »

maritale comme la suite et le complément de la tutelle romaine, et non pas comme l'affirmation d'une idée nouvelle répondant à une nouvelle conception du rôle respectif des époux. Et le droit canon, de son côté, paraît ne plus apercevoir le véritable motif qui fit dicter au christianisme la puissance maritale ; il semble ne retenir que la notion d'une « potestas » bien établie sans se demander pourquoi elle existe et dans quel sens elle doit être exercée. Ainsi, par suite d'une fausse analogie invoquée entre la tutelle des pupilles romains, et l'autorité du mari et d'une inexacte interprétation de l'idée trouvée dans les textes évangéliques, on en arrive au XVI^e siècle à complètement perdre de vue la doctrine si nette de Beaumanoir, et à faire dévier une institution du but pour lequel on l'avait établie.

La femme, désormais, n'est plus cet être respecté en qui les Germains vénéraient la vertu et la culture de l'esprit, sentiment qui, traduit par Tacite, sera remis en honneur par la chevalerie. Elle n'est plus cette compagne égale à l'homme, associée à tous ses actes, qu'avait fait le christianisme dans cette formule « mulier adiutorium simile sibi ». Alors, l'autorisation maritale devait subir une profonde transformation et « d'un droit pour le mari » devenir une incapacité et « un droit pour la femme (1) ». Ce sont ces nouvelles conceptions qui doivent maintenant nous occuper.

(1) Gide, p. 404.

SECTION II. — **Les conceptions de l'autorisation
maritale après le XVI^e siècle.**

Du XVI^e siècle au Code civil, tous les juristes ne sont pas unanimes sur le fondement à donner à l'autorisation maritale. Plusieurs opinions sont soutenues ; on peut d'une façon générale, les grouper en trois théories distinctes. C'est d'abord la tradition de l'ancien droit qui se continue et est encore adoptée par quelques auteurs ; puis toute une série de jurisconsultes pénétrés du droit romain, qui font de l'autorisation maritale au moins par certains côtés une véritable tutelle ; enfin une troisième doctrine qui base l'incapacité de l'épouse sur des considérations d'ordre public et qui finit par triompher au XVIII^e siècle.

En premier lieu, disons-nous, la conception des anciens auteurs, de Beaumanoir en particulier, trouve encore des disciples qui ne se laissent point emporter par les courants nés du droit romain et du droit canon, et conservent à l'institution son véritable but et ses vrais caractères. Pour eux, comme chez l'auteur de la coutume de Beauvoisis, la femme n'est point inférieure à l'homme en intelligence, ou en tous cas sa capacité juridique doit être la même ; l'autorisation maritale n'est pas une mesure de protection édictée en sa faveur, mais un droit pour le mari et la manifestation de la dépendance de l'épouse. Nous avons déjà étudié cette théorie

au chapitre précédent et c'est ici le même fondement invoqué et la même sanction édictée au cas d'inobservation de la règle. C'est d'abord Coquille qui défend énergiquement l'ancien principe et chez qui l'ancienne doctrine est restée très nette. C'est l'intérêt du mari seul, selon lui, qui légitime l'autorisation maritale, mais non pas celui de la femme : « car, dit-il, la personne de la femme est libre, et si elle n'était mariée et fust en aage compétent pour contracter, nul ne douterait qu'elle ne peut valablement contracter et s'obliger. Pour quoy nous ne devons pas nous aider de cette ancienne loy des Romains que les femmes fussent en tutelle perpétuelle. Car si ce n'est en minorité, ou en mariage, les femmes, au fait des contrats, sont en liberté comme les hommes. C'est donc la puissance du mary qui les empêche de contracter (1).... »

Dans son commentaire de la coutume de Nivernais, il précise encore mieux les motifs de l'institution : «... cette interdiction précise de contracter durant le mariage a son respect à ce qu'une femme mariée, par bienséance, ne doit avoir communication d'affaires avec autrui sans le sceu et le congé de son mari pour éviter la suspicion (2) ». Remarquons que c'est cette expression même de « bienséance » que Bouhier répétera en renvoyant d'ailleurs à Coquille, mais ce dernier était loin de prévoir la portée exagérée qui serait dans la

(1) Coquille, *Questions et réponses*, question 100.

(2) *Coutume du Nivernais*, ch. 23, art. 1.

suite tirée de ce mot, car Bouhier lui donnera une bien plus large signification. D'Aguesseau, lui aussi, semble continuer l'ancien droit dans le fondement qu'il donne à l'autorisation (1). D'Argentré adopte encore la même base, le même principe, et pour lui, c'est le seul intérêt du mari qui exige que la femme ne pût passer aucun acte sans son assentiment (2).

Donc, même après la renaissance du droit romain, il y eut encore quelques juristes qui disciples des anciennes coutumes, persistèrent dans cette idée que l'autorisation maritale devait avoir pour seul principe directeur la nécessité de la prédominance de l'homme, et en déduisaient logiquement que le mari seul était intéressé à l'observation de cette règle. Cette théorie ne triompha d'ailleurs point (3).

(1) D'Aguesseau (Plaidoyer du 3 avril 1691, *Œuvres*, t. II) : « C'est l'intérêt du mari, dit-il, qui a fait établir la nécessité de l'autorisation, c'est un principe dont nos docteurs conviennent. » Chez d'Aguesseau, ce n'est d'ailleurs plus la même conception que chez Beaumanoir ; ainsi, dans ce même plaidoyer il déclare que l'autorisation ne peut être générale, qu'elle doit être spéciale.

(2) D'Argentré, art. 223 de la Coutume de Bretagne, glose 4, n° 2. « Vetus est illa dubitatio, an cum autoritas mariti exigitur in contractibus lex statutum ut mulieribus imbecillitati cautum voluerit, ad integrandam ejus personam ut loqui solent, an vero id mariti potius respectu et consideratione interesse ejus id statuentibus placuerit : et res loquitur maritorum causam in eo potius versari, ita ut multi contractus a mulieribus factos non improbent etiam matrimonio constante, cum mariti interesse desierit. »

(3) Pothier, lui-même, si l'on s'en tenait au fondement qu'il donne à l'autorisation maritale, qui, pour lui, découle de la puissance du mari et de sa supériorité naturelle, pourrait être considéré comme continuant la tradition de l'ancien droit. Mais les applications qu'il

La seconde opinion, qui ne voyait dans l'autorisation maritale qu'une mesure de protection pour la femme, réunissait de nombreux juristes. Cette doctrine, nous l'avons vu, était sortie d'une mauvaise interprétation des textes romains, encouragée par les satires des canonistes à l'égard du sexe féminin. L'institution devient complètement dévoyée, son but est détourné, on lui applique les règles de la tutelle. L'intérêt du mari est secondaire, on envisage surtout la personne de la femme et c'est en sa faveur, comme remède à sa faiblesse, que l'on organise l'autorisation maritale. Tiraque u dont l'influence fut grande et chez qui Dumoulin puisera les arguments de cette doctrine, s'acharne dans les premières pages de ses *Leges connubiales* à établir l'infériorité de la femme par des exemples tirés de la vie domestique de tous les peuples et aussi de passages pris à Platon, Aristote, aux Pères de l'Eglise, tous unanimes à déplorer la *fragilitas sexus*. Il s'applique sérieusement à démontrer que *vir*, *vis* et *virtus* ont la même origine étymologique, et qu'au contraire *mulier* et *mollitia* ont même analogie de sens (1). Dans cette avalanche de ci-

tire de ce principe prouvent que Pothier se faisait une tout autre conception de l'autorisation que Beaumanoir ou Coquille.

(1) Des exemples : *Leges connubiales*, glose 4^{re}, 4^{re} partie :

N° 19 « Viri quibus uxores dominantur (magnus est numerus) omnibus sunt contemptibiles pro vilibus et abjectis habentur.

N° 70 « Aristoteles scribit consilium mulierum esse invalidum.

N° 71 « Mulierum consilium existimari fragile et infirmum, cum mulieres dicantur fragiles esse, infirmæ, imbecillæ ?

N° 76 « Ex hac sexus muliebris imbecillitate illud quoque sit, ut

tations et d'exemples, il y a beaucoup de naïvetés qui font sourire, et on y remarque tout le pédantisme des docteurs de cette époque. Néanmoins Tiraqueau est très souvent cité par les jurisconsultes postérieurs, soit pour l'invoquer ou parfois le combattre. Il eut une grosse autorité, et on l'appelait même le Varron de son siècle. C'est par exemple en renvoyant à cet auteur que Dumoulin, sous l'article 225 de la coutume de Poitou, consacre le droit pour la femme de se prévaloir du défaut d'autorisation.

La théorie de Tiraqueau eut des disciples. Chassaneus affirme que l'autorisation maritale a été introduite dans l'intérêt de la femme. *Dic quod ista consuetudo est favorabilis et introducta favore mulierum propter earum imbecillitatem* (1).

D'autres jurisconsultes essaient de combiner deux systèmes différents en disant que l'autorisation a été organisée tant dans l'intérêt de la femme que dans celui du mari. Pour le mari, parce qu'il représente les intérêts communs de la famille dont il est le chef chargé de

mulieres sint admodum decipi faciles.

Nº 24 « Il fait la même comparaison, d'après Aristote, entre le sexe masculin et féminin chez les animaux.

Nº 24 « Quæcumque mulier sibi comam amputaverit, quam Deus ad memoriam subjectionis illi dedit, tanquam resolvens jus subjectionis, anathema sit... Quid pejus domo, ubi femina habet imperium super virum? Recta autem domus, ubi vir imperat, femina obtemperat. »

(1) *Sur la coutume de Bourgogne*, p. 478. C'est aussi le système de Le Féron, *Sur la coutume de Bordeaux*, t. I, § 3.

veiller à leur conservation ; pour la femme, parce qu'elle a besoin d'être mise en garde contre les fautes que l'inexpérience ordinaire de son sexe pourrait faire redouter. Et de cette conception se déduisent dans l'application aux faits, diverses conséquences quant à la capacité d'autoriser, quant à la forme de cette autorisation et au mode de sanction. Dumoulin, Lebrun, Bourjon, sont les principaux qui aient soutenu cette doctrine, avec des différences de détails, et c'est elle que consacra la nouvelle rédaction de la coutume de Paris. Lebrun résume ainsi les arguments de ce système : « on demande si c'est pour l'intérêt du mari, ou à cause de la faiblesse de la femme que cette formalité est requise... En effet, qui peut assurer qu'on a établi cette formalité à cause de la faiblesse du sexe puisque les filles majeures et les veuves contractent librement. Et quelle certitude a-t-on qu'on n'ait considéré dans cet établissement que l'intérêt du mari, puisqu'il y a plusieurs cas où il ne s'agit pas de l'intérêt du mari et où néanmoins les femmes doivent être autorisées, et qu'une femme séparée doit être autorisée pour contracter ? Il faut donc dire que cette coutume est également fondée sur ces deux raisons : parce que d'un côté la faiblesse du sexe fait craindre la dissipation, et de l'autre la prérogative du sexe masculin rendant le mari maître absolu de la communauté (1). » Ce sont ces arguments que répéteront

(1) Lebrun, livre II, ch. I, section I.

tous les disciples de cette opinion, Bourjon par exemple (1), et même encore aujourd'hui les commentateurs du Code civil. C'était là une explication peut-être juste des solutions de certaines coutumes, notamment de celle de Paris. Mais ce qu'auraient dû se demander ces auteurs, c'eût été le bien fondé de telles décisions et du rôle que l'on attribuait ainsi à l'autorisation maritale. Ils semblent ne pas avoir bien compris que la femme mariée n'a pas davantage besoin de protection que la fille ou la veuve, et que les coutumes avaient tout simplement dévié quand elles faisaient place à une telle conception, par exemple quand elles admettaient l'autorisation supplétive de justice.

Un autre jurisconsulte du XVIII^e siècle est aussi très explicite et l'on aperçoit très manifestement chez lui les souvenirs du droit romain. Laurière assimile, comme une chose toute naturelle, l'autorisation du mari à la tutelle romaine du pupille : « notre puissance maritale, dit-il, n'est qu'une autorisation pareille à celle que le tuteur ou pour mieux dire le gardien a sur son mineur » (2).

(1) Bourjon, l. I, IV^e partie, ch. VIII, section I, § 4... « La coutume établit ici une incapacité salubre : ... c'est une disposition prudente qui, maintenant la paix, conserve encore les biens de la communauté, en la mettant à couvert de l'inexpérience, de la légèreté et des caprices de la femme qui aurait pu ruiner la communauté. »

Au paragraphe 2, il invoque alors l'intérêt du mari... « cette incapacité ayant pour motif principal l'intérêt du mari, il la fait cesser en autorisant sa femme... » C'est le complément du paragraphe 1.

(2) Laurière, *Sur la coutume de Paris*, t. 2, p. 407.

La défense faite à l'épouse de contracter sans le consentement de son mari, est donc devenue dans cette conception une véritable assistance. L'homme marié est un tuteur qui, pour chaque acte de sa femme doit compléter sa personnalité et dire : « Auctor fio ». Ce système eut un gros retentissement au XVI^e siècle dans la littérature juridique, et de nombreuses coutumes en admirent les applications. Le président de Thou s'efforça de le faire pénétrer dans leur seconde rédaction. En outre de celle de Paris, citons par exemple, celles d'Etampes et de Montfort l'Amaury, rédigées en 1556 et aussi celle de Poitou.

Néanmoins une autre théorie devait définitivement l'emporter au XVIII^e siècle. Celle-ci ne tient aucun compte de l'idée de faiblesse de la femme. Elle répudie tout souvenir de la fameuse « fragilitas sexus ». Mais alors l'autorisation maritale n'est pas non plus une simple règle de discipline entre époux, elle devient une disposition d'ordre public, tellement essentielle que son observation intéresse la société et les bonnes mœurs. On ne veut pas que la femme s'écartant de cette pudeur et de cette modestie qui, au dire de Chassaneus, voulaient, en Bourgogne, qu'elle se voilât la face quand elle rencontrait un homme (1), prît une part active aux actes de la vie civile sans le consentement du mari. Les plus savants partisans de cette manière de voir, sont le président

(1) Cité par Bouhier, ch. XIX, p. 340.

Bouhier, Dunod, enfin Pothier. Bouhier s'attache d'abord à combattre avec beaucoup de science et d'esprit les doctrines contraires, et montre leurs contradictions. Il s'en prend au système de Chassaneus et n'a pas de peine à prouver qu'il repose sur une idée fausse (1) ; puis il réfute cette autre conception de Lebrun et Dumoulin « qui a tâché de réunir les deux autres sentiments en disant que la nécessité de l'autorisation était fondée tant sur l'utilité de la femme que sur celle du mari » (2). Et alors, après ces longues discussions, il donne son opinion sur le véritable fondement de cette institution. « Ces motifs, dit-il, sont fondés sur des causes toutes publiques et sur l'un des plus importants intérêts de la société.... » et il classe l'acte de la femme qui agit sans daigner en avertir le mari » « au nombre de ceux qui blessent les bonnes mœurs et l'honnêteté publique » (3).

Ce sont à peu près les mêmes expressions, les mêmes idées que l'on trouve chez Dunod qui, d'ailleurs, renvoie

(1) Bouhier, ch. XIX, p. 335 : « 1° Si l'utilité seule des femmes avait été l'objet de cette disposition coutumière, il leur aurait été libre d'y renoncer suivant la règle « juri pro se introducto cuilibet renuntiare licere..... » 2° Si nos coutumes avaient voulu remédier à la fragilité des femmes, elles n'auraient pas limité ce secours au temps où elles sont mariées comme l'a très bien fait observer Tiraqueau, et même il semble qu'elles ont encore plus besoin d'être secourues quand elles sont filles ou veuves, n'ayant point de conseil domestique pour les guider..... »

(2) Il démontre qu'il est des actes, comme le testament, qui nécessitent l'autorisation du mari, et qui cependant ne peuvent préjudicier ni au mari, ni à la femme.

(3) Bouhier, ch. XIX, p. 340 et suiv.

fréquemment à Bouhier (1). L'autorisation maritale basée d'abord, dit-il, sur la loi divine et la raison naturelle, l'est ensuite « sur la pudeur du sexe et la bienséance convenable à l'état d'une femme mariée.... ».

Quant à Pothier (2), il n'invoque pas ces considérations d'ordre public de Bouhier et Dunod. Il se base uniquement sur l'idée de puissance du mari qui, elle-même, découle naturellement du mariage. Le mari est un « supérieur » qui a droit d'exiger de sa femme tous les devoirs de « soumission dus à son titre ». Et, établissant une comparaison entre l'autorité du tuteur et celle du mari, il en montre la différence de principe, car, ajoute-t-il, l'autorisation maritale est requise non pas dans l'intérêt de l'épouse, mais « en faveur du mari pour maintenir sa puissance sur la femme ». Aussi semble-t-il que Pothier qui fonde l'institution sur le seul intérêt de l'homme n'est pas très logique dans ses déductions, car il eût dû, alors, comme Beaumanoir et Coquille, décréter de nullité relative l'acte accompli sans le mari.

Bouhier et Dunod, au contraire, qui invoquaient à l'appui de leur thèse des raisons de bon ordre social et de bienséance, étaient d'une logique plus rigoureuse en décrétant l'acte de la femme nul de nullité absolue.

Cette conception générale de Bouhier, Dunod, Po-

(1) Dunod, *Observations sur la coutume de Bourgogne. Gens mariés*, ch. 1^{er}.

(2) Pothier, *Œuvres*, t. 7, sect. I, art. 1^{er}.

thier prévalut. Les applications en furent reçues dans la plupart des coutumes et les grands jurisconsultes de la fin du XVIII^e siècle en préconisaient l'idée et les conséquences. En résumé donc, l'autorisation maritale née au XIII^e siècle en règle juridique, comme la simple affirmation de la prédominance de l'homme dans la gestion des intérêts conjugaux, est devenue l'objet de conceptions diverses toutes fort éloignées du point de départ. Que l'on envisage le sentiment de Chassaneus, de Dumoulin, de Dunod ou de Pothier, le rôle réservé à l'autorisation, différent pour chacun d'eux, est en tous cas détourné du but premier. Tandis que les uns s'efforcent de la ramener à une tutelle protectrice, les autres exagérant l'idée de suprématie masculine, concluent à une règle qui, par dessus les époux, intéresse le bon ordre social et le maintien des bonnes mœurs. On voit par là, à quelles conséquences extrêmes peut mener la poursuite rigoureuse d'une idée, quand on néglige de se retourner pour interroger les premiers législateurs sur les motifs qui les ont déterminés et le résultat qu'ils visaient. Changer en effet le principe qui a servi de fondement à une institution établie, c'est du même coup en bouleverser le rôle et les applications, et c'est ce dont nous allons nous rendre compte.

SECTION III. — Les applications de l'autorisation maritale.

§ 1. — Cas où elle était nécessaire.

Il semble d'abord qu'on se soit demandé si toutes les femmes sans distinction de conditions étaient soumises à cette règle, si c'était là une disposition universelle à laquelle aucune épouse ne devait échapper. En effet, d'une part, Loysel paraît en exclure les femmes des serfs et n'envisager que celles qui sont affranchies de toute sujétion féodale. « Femmes franches, dit-il, sont en la puissance de leurs maris et non de leurs pères (1). »

Les théologiens pensaient, ajoute l'éditeur, que la femme serve, surtout si elle s'était mariée, sans le consentement de son seigneur, était beaucoup plus en sa puissance que sous celle de son époux.

Et d'autre part, on avait hésité pour étendre la nécessité du consentement marital aux dames de la haute aristocratie. Certains auteurs avaient voulu les en affranchir prétendant que le luxe obligé de leur maison était incompatible avec une tutelle gênante. Ce ne fut pas l'avis des grands jurisconsultes. Lebrun ne fait aucune réserve, il applique la règle à toutes les femmes mariées, sans en excepter, dit-il, les Princesses, Duchesses et autres « femmes que la naissance et la qualité de leurs

(1) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. II, n° 20, et note de l'éditeur.

maris élèvent si fort au dessus du commun (1) ». C'était aussi l'avis de Renusson qui dit expressément que « les grandes dames n'ont point d'autres règles que le droit commun (2) ».

La question ne fait d'ailleurs plus de doute au XVIII^e siècle et Pothier ne fait même pas mention de cette petite controverse.

Il est un autre point de détail sur lequel les auteurs et les coutumes n'étaient pas en complet accord. Tandis que la plupart des jurisconsultes décidaient logiquement que la puissance maritale ne pouvait prendre date qu'à partir du mariage dont elle découlait, certaines coutumes lui faisaient produire effet dès le jour des fiançailles (3). Et les auteurs discutaient alors sur le

(1) Lebrun, liv. II, ch. I, sect. III.

(2) Renusson, 1^{re} partie, ch. VII : « on demande si les princesses, duchesses et autres femmes de qualité peuvent s'obliger sans être autorisées de leurs maris pour choses qui vont à la dépense de leurs maisons ou de leurs équipages, habillements ou ameublements. Aucuns ont dit que cela leur doit être permis à cause des grandes dépenses qu'il convient de faire ; qu'elles ne doivent pas avoir besoin pour cela de l'autorité du mari : mais cette opinion n'est pas bien fondée : les grandes dames n'ont point d'autres règles que le droit commun... ».

(3) Telles étaient la coutume d'Artois en son art. 87, celle d'Autvergne (art. 14), celle de Bretagne (art. 447). C'était aussi l'avis de Charondas sur l'art. 223 de la coutume de Paris, de Chopin sur la même coutume, enfin de Dunod sur la coutume de Bourgogne (*Gens mariés*, ch. 1^{er}), où il décide que si une fille fiancée a aliéné un bien après les fiançailles et le contrat de mariage sans le consentement de son futur mari, celui-ci « pourrait faire déclarer les immeubles aliénés à son préjudice chargés de la jouissance envers lui ». Il est vrai que Dunod base plutôt cette action sur la fraude et le préjudice que sur le défaut d'autorisation.

point de savoir quelle coutume il fallait alors suivre pour accorder au fiancé autorité sur la fiancée. Était-ce celle du domicile du jeune homme, ou de la jeune fille, ou celle du lieu où se passe le contrat de mariage ?

Dumoulin (1) qualifie d'inepte cette disposition ; Pothier ajoute que décider ainsi, c'est faire précéder la cause par l'effet (2).

Et Lebrun montre le danger qu'il y aurait alors pour les tiers qui ont pu facilement ignorer les fiançailles, et seraient ainsi victimes d'un défaut de publicité (3).

Ces préliminaires posés, toutes les coutumes s'accordaient pour exiger l'autorisation du mari, d'une façon générale dans tous les actes extrajudiciaires et les actes judiciaires, à part quelques catégories d'exceptions. La coutume de Paris, que l'on peut considérer comme l'expression du droit commun en la matière décide dans son article 223 que « la femme ne peut vendre ni hypothéquer ses biens, ni passer aucun contrat ou acte sans l'autorité et consentement exprès de son mari » et l'article 224 prononce la même prohibition pour ester en justice, soit en demandant, soit en défendant. Tous les jurisconsultes quel que soit le fondement donné à l'autorisation maritale, l'exigeaient dans ces différents

(1) Dumoulin, en sa note sur l'art. 87 de la coutume d'Artois, dit : « Hoc ineptum est, cum possit majus videlicet discedere a sponsalibus ».

(2) Pothier, *Traité de la puissance maritale*, sect. I, § II, n° 9.

(3) Lebrun, liv. II, ch. I, sect. I.

cas, les uns comme mesure de protection, les autres comme règle de bienséance publique, d'autres enfin comme la simple attestation de la suprématie masculine. Mais où ils ne s'accordaient plus aussi bien, c'était sur la nécessité d'étendre la règle aux actes de dernière volonté. Plusieurs coutumes en effet décidaient que même pour tester la femme devait être autorisée. On pourrait se demander si elles étaient en cela plus archaïques, et continuaient vraiment l'ancien droit ? C'est un point délicat. Nous avons vu que Beaumanoir est muet sur ce point et qu'il défendait seulement à la femme de tester pour son mainbour. Ces coutumes étaient entre autres : celles de Bretagne, de la Nièvre, de Bourgogne, d'Artois, du Bourbonnais et de Normandie (1). La coutume de Bretagne cependant ajoutait : « si ce n'est pour aumônes ou récompenses de services à elle faicts », exception grâce à laquelle il devait être facile à l'épouse d'échapper à la prohibition.

Quelques auteurs approuvent cette disposition de ces coutumes : Chassaneus trouve très sage la règle prohibitive de la coutume de Bourgogne *aequa et justa* et Bouhier tout en se déclarant en principe partisan de la liberté pour la femme de tester sans le consentement du mari, ajoute qu'en revanche l'extension au testament de la formalité ordinaire d'autorisation n'est pas injuste. Seulement, Chassaneus (2) invoque l'incons-

(1) Bretagne, art. 619 ; Nièvre, art. 1, ch. 23 ; Normandie, art. 4 et 7 ; Bourbonnais, art. 216 ; Arras, art. 86.

(2) Chassaneus, *Coutume de Bourgogne*, p. 488, R. IV, § 1 « ... Et

tance des femmes qui peut être dangereuse aussi bien dans les actes de dernière volonté que dans les contrats entre vifs ; et Bouhier se base sur la déférence due au mari en même temps que sur un prétendu principe naturel assez curieux en vertu duquel le testament devrait être déclaré acte illicite (1).

Au contraire, pour ne citer que les principaux, Coquille, Dumoulin, Pothier et Renusson, démontrent la rigueur illogique de la prohibition. Les uns, comme Pothier, pour qui l'autorisation est un aspect de la puissance maritale se fondent sur ce que cette puissance aura disparu au moment où le testament commencera seulement à exister par la mort de la testatrice (2) ; les autres, comme Coquille, pour qui l'exigence de l'autorisation se mesure à l'intérêt du mari, invoquent ce défaut d'intérêt et de préjudice en même temps que la liberté pleine et entière qui doit présider à tous les actes de dernière volonté (3). Ce fut l'opinion qui l'em-

maxime etiam est servanda nostra haec consuetudo cum sit aequa et justa... quando disponit in mulieribus quæ propter lubricum et fragilitatem faciliter decipiuntur... dic quod idem est in ultima voluntate, et disponendo in ultima voluntate cum illa ratio ita dictet et habeat locum in testando sicut in contrahendo ... »

(1) Bouhier, t. I, ch. XIX, p. 332.

(2) Pothier, sect. III, n° 43.

(3) Coquille, question 104 « ... ains faut que la volonté soit tout et de tous point libre à celui qui teste ». Et plus loin : « l'effet du testament ne peut jamais porter intérêt, perte ou préjudice au mary en tant que ledit effet se rapporte après le décès de la femme auquel temps lesdits biens sont du tout hors de la puissance du mari ».

C'est aussi l'avis de Loysel, l. I, t. II, n° 21 ; de Renusson, 1^{re} partie, ch. VII ; de Dumoulin sur la Coutume de Paris, art. 114, n° 1 ; de Lebrun, l. II, ch. I, sect III, n° 23.

porta dans la majorité des coutumes et chez la plupart des auteurs, et c'est elle aussi qui a prévalu dans notre Code civil. Elle est certainement plus rationnelle.

Un point plus intéressant, parce qu'il touche à des discussions plus actuelles, ce serait de se demander si dans l'ancien droit, la femme devait encore être autorisée du mari dans les contrats qui intervenaient entre elle et le mari lui-même. La solution là aussi dépendait du rôle que l'on faisait jouer à l'autorisation maritale. Et d'abord notons que la question ne pouvait pas se poser dans les coutumes et chez les jurisconsultes qui, comme Dumoulin, prohibaient tout contrat entre époux (1).

Pour ceux maintenant qui voyaient dans le consentement marital une protection rendue nécessaire par la *fragilitas sexus*, il était rationnel de ne pas soumettre la femme à cette exigence quand le mari était partie au contrat. Son rôle de protecteur ne pouvait pas s'exercer efficacement s'il était contre-balancé par de gros intérêts contraires, si, en un mot, le protecteur naturel était en même temps celui qui stipulait à son profit dans l'acte. Si même l'on eût voulu être tout à fait logique avec le fondement de cette théorie, et ne pas laisser sans contrôle la femme ainsi privée du concours marital, il eût fallu appliquer pleinement l'idée de tutelle en obligeant l'épouse à s'adresser alors au juge. Celui-ci,

(1) Dumoulin sur l'art. 256 de la Coutume de Paris.

soit qu'il surveille lui-même l'opération en autorisant la femme à y procéder, soit qu'il nomme un tuteur *ad hoc*, saurait éclairer l'épouse sur l'importance de l'acte à accomplir, et la mettrait en garde contre sa propre inexpérience et contre le dol du co-contractant. C'est ce qu'a d'ailleurs décidé le nouveau Code italien dans son article 136 dont nous dirons plus tard un mot. Mais l'ancien droit n'alla pas jusque-là. Chassaneus à qui surtout l'inexpérience féminine apparaît évidente, se borne à interdire à la femme de tester en faveur du mari « parce que son rôle est d'assister l'épouse pour lui éviter d'être dupée ». Or, ajoute-t-il, le mari réussira mieux que tout autre, à la tromper quand il s'agira de se faire instituer son héritier (1). Lebrun qui, lui aussi, envisage l'exigence du consentement du mari, au moins partiellement, comme une faveur accordée à la femme, décide qu'elle n'a pas besoin de cette autorisation quand elle contracte avec son époux lui-même. Il est vrai qu'il n'invoque pas pour cela la règle *nemo potest esse auctor in rem suam*, mais une analogie avec la solution du droit romain pour le fils de famille, qui, s'il ne pouvait donner sans le consentement du père, pouvait en revanche disposer librement de ses biens au profit de ce même *pater* (2).

(1) Chassaneus, *Coutume de Bourgogne*. Rub. IV, § 1, p. 488.... « non potest instituere virum præsentem qui non satisfacit menti statuti quæ est ut maritus assistat, ne decipiatur... propter fragilitatem et imbecillitatem mulierum, quæ ita de facili possunt induci a maritis et facilius quam ab aliis, ad instituendum eos ».

(2) Lebrun, L. II, ch. I, sect. III, n° 39.

Quant aux auteurs pour lesquels cette règle n'était que l'une des manifestations de la puissance du mari ou une loi d'honnêteté publique, il était également très naturel qu'ils n'admissent aucune exception à son application, fût-ce dans les actes où le mari devenait l'adversaire intéressé de son épouse. Il faut et il suffit toujours qu'il habilite sa femme à agir : peu importe que dans un contrat, les conjoints aient des intérêts opposés ; la femme est réputée assez expérimentée pour ne jamais se laisser duper. C'est par exemple l'opinion de Pothier et c'est aussi la solution qui ressort du texte de Bouhier (1).

Donc, d'une façon générale et, de droit commun, la soumission à l'autorisation maritale est une formalité imposée à la femme pour tous les actes extrajudiciaires ou judiciaires, à part une divergence pour ceux de dernière volonté. Cependant il était des cas où cette exigence cessait et il était aussi des événements qui modifiaient l'application ordinaire de la règle : ils sont importants à connaître.

(1) Bouhier, t. I, ch. XIX, p. 338 ; Pothier, sect. III, n° 42. « Si un tuteur ne peut pas être *auctor in rem suam*, c'est que l'autorité du tuteur était requise pour veiller à l'intérêt du mineur, un tuteur n'est pas propre à autoriser son mineur pour des contrats dans lesquels le tuteur a un intérêt contraire à celui du mineur ; ce qui ne reçoit aucune application à l'autorisation du mari qui n'intervient pas pour veiller aux intérêts de la femme qui est capable d'y veiller elle-même, mais pour l'habiliter à contracter. »

§ 2. — Cas où l'application ordinaire de la règle était modifiée.

N^o 1. — Il est d'abord une situation de la femme sur laquelle la législation n'a jamais varié, c'est celle de la femme commerçante. Depuis Beaumanoir, on s'est toujours accordé pour décider que dans ce cas elle était dispensée du consentement nécessaire du mari quant aux actes de son commerce. Il y avait là une nécessité pratique évidente de la profession qui a toujours fait prévaloir cette exception sur le principe, chez les juriconsultes même les plus rigoureux (1). Ils décident tous que si le mari consent à laisser sa femme devenir marchande publique, il est censé par là même l'autoriser à conclure dorénavant tous les contrats qui rentrent dans l'exercice du métier de commerçant. La femme alors, de même qu'elle accroîtra la communauté de ses gains réalisés, l'engagera, ainsi que le mari, par sa mauvaise gestion ou ses opérations malheureuses. C'est encore aujourd'hui la disposition de notre Code. Seulement, on pouvait être plus ou moins strict sur la façon d'entendre cette expression de femme marchande. Beaumanoir, par exemple, nous l'avons vu, décidait que l'épouse serait réputée marchande et par conséquent dispensée d'autorisation, non seulement quand elle faisait un réel commerce, mais aussi quand elle dirigeait les affaires

(1) Pothier, sect. II, § 2 ; Dunod, *Gens mariés*, ch. I ; Loysel, L. I, XXXIX ; § 57 ; Coutume de Bretagne, art. 424, de Paris, art. 224.

communes au vu et su de son seignor. Et c'est encore à peu près le système de Coquille qui reste l'un des seuls à continuer la vraie tradition (1). Au contraire les auteurs et les coutumes répéteront que la femme n'est marchande que si elle fait un commerce séparé de celui de son mari (2). Sinon, au cas où elle se borne à détailler les marchandises de son mari, elle engage bien encore la communauté, mais alors, comme le dit Lebrun, « elle l'oblige comme un facteur et un commis l'obligerait, et elle-même ne s'oblige que comme commune » (3).

On discutait aussi le point de savoir si la femme autorisée à faire le commerce et par conséquent tous les actes qui s'y rattachent, pouvait sans une nouvelle autorisation spéciale ester en justice. On arguait dans le sens de la négative que les débats des prétoires ne conviennent point à la pudeur et à la réserve des mœurs féminines, et que la femme ne saurait s'y mêler décemment sans l'assistance de son mari. C'était, par exemple,

(1) Coquille, question 103. Par exemple, dit-il, si le mari est receveur du roi ou d'un seigneur ou est seigneur de grands biens qu'il fait cultiver et mettre en valeur « et que sa femme a son sceu et patience s'entremet de faire la recepte, escrire en son journal, bailler quittances, compter avec ceux qui doivent, acheter bétail... etc... », dirons nous que la femme ne puisse en tels actes obliger son mary ? Je crois qu'il ne faut pas désirer qu'en chacun des dits actes ou une fois pour tous, le mary vienne à autoriser sa femme, ains suffit à celui qui a traicté avec elle de monstrier et prouver que le mary a accoutumé d'employer la femme en tels actes, ou a son veu et sceu endurer qu'elle les exerce. »

(2) Coutume de Paris, art. 235.

(3) Lebrun, L. II, ch. I.

l'avis de Tiraqueau, c'était aussi celui de Pothier (1) ; enfin, c'est encore la solution actuelle de notre Code civil (art. 225). Il y avait encore ici par suite de l'idée de défiance du sexe survenue au XV^e siècle, une dérogation à la tradition.

N^o 2. — *Cas divers*. — Il est différents cas spéciaux où la femme est admise à contracter et où elle oblige le mari sans qu'il lui soit nécessaire d'être autorisée. L'un des plus intéressants de ces cas, c'est celui de la femme agissant pour les besoins du ménage. C'est elle en effet qui toujours, dans la vie pratique, entre en relations avec les fournisseurs et achète les diverses provisions nécessaires à l'entretien de la vie domestique. Or, fallait-il exiger l'intervention incessante du mari pour que ces séries de petits contrats quotidiens fussent valables et exécutoires ? Cette intervention maritale ne fut jamais exigée, et cependant la communauté fut toujours tenue de leur exécution. Seulement, la notion juridique de l'obligation ainsi contractée par l'épouse changea complètement, et les résultats en furent un peu modifiés. Le très ancien droit en effet, qui, on l'a vu, poussait très loin l'idée d'association entre époux en reconnaissant à la femme dans certaines circonstances le droit de

(1) Tiraqueau, *Leges connubiales*, glose 5, n^o 242 : « ut mulieres non intersint judiciis sine maritis, major est ratio, quam ut non contrahant sine illis. Ipsa enim natura et pudor ac verecundia sexus foeminis non permittit fora ac judicia frequentare. »

Pothier, sect. III, § 3. En sens contraire la Coutume de Mantes, art. 125.

gérer librement le patrimoine commun, faisait application de ce principe dans le cas qui nous occupe : il décidait que la femme contractant pour les besoins du ménage, agissait alors en qualité d'associée à qui cette fonction était naturellement réservée. Et ainsi, comme un associé gérant, elle s'engageait elle-même en même temps que les biens communs. Lors de la renaissance du droit romain, nos juristes durent se préoccuper de la solution romaine dans cette hypothèse. Et ils virent que dans cette législation qui connaissait seulement le régime dotal et où la dot était précisément destinée à l'entretien du ménage, c'était bien la femme qui, en fait, contractait avec les fournisseurs, mais alors en tant que mandataire du mari, non plus comme associée. L'obligation était exécutoire sur la dot, non sur les paraphernaux. Elle était tout simplement réputée agir au lieu et place du mari, et c'était lui seul qui était engagé. C'est cette solution du droit romain et du régime dotal, que les romanistes du XVI^e siècle transportèrent dans la communauté coutumière, et tous désormais reproduiront cette idée du mandat entre époux. « Dans le ménage, dit Pothier, la femme agit comme fondée de procuration, ce n'est pas elle alors théoriquement qui contracte, c'est celui qui lui a donné procuration qui contracte par son ministère (1). » De même Bouhier dit « elle doit être regardée en ce cas comme préposée par son mari,

(1) Pothier, sect. III, § I, n^o 49.

ut ejus institrix, pour cette espèce d'affaires dont elle est chargée (1) ». Et ce même auteur continue, en comparant alors la femme au maître d'hôtel des grandes maisons qui oblige également son maître et lui seul (2). On voit toute la différence de principe entre la conception de Beaumanoir sur ce point, et celle des jurisconsultes postérieurs, et la distance parcourue sous l'influence encore des idées romaines. S'il fut toujours vrai de dire que « le tablier de la femme obligeait le mari » la nature juridique de l'obligation avait été néanmoins transformée (3).

De même, tandis que dans les vieux coutumiers, la femme obligeait le mari par ses délits parce que l'on admettait le droit pour ce dernier de la battre et de réprimer ainsi ses mauvais instincts, on admet plus tard que les délits de l'épouse n'engagent plus que la nue propriété de ses propres. Les tiers lésés sont sacrifiés et n'ont plus action sur la communauté. On pourrait

(1) Bouhier, ch. XIX, p. 351. De même Lamoignon, tit. 32, art. 81.

(2) Bien plus, la femme, même si elle avait garanti personnellement cette dette, ne serait pas encore obligée, car son obligation serait nulle pour défaut d'autorisation. Au cas de fournitures trop considérables demandées par elle, on décidait comme aujourd'hui encore, que c'était au fournisseur à en avertir le mari, sans quoi il courait le risque d'en perdre le prix, à moins qu'il ne prouvât que la communauté en avait profité.

(3) Bourjon admet que l'obligation de la femme non autorisée, pour achat de vêtements, nulle en principe, est cependant exécutoire contre le mari s'il ne réussit pas à prouver qu'il la fournit des vêtements nécessaires. Ce n'est que l'extension d'ailleurs, de l'idée de la femme mandataire pour les besoins du ménage (Ch. III, sect. II, IV^e partie). De même Lamoignon, tit. 32, art. 81.

théoriquement en dire autant des obligations qui naissent de quasi-contrats et où la femme est obligée sans autorisation.

Il est une autre catégorie de contrats que certains jurisconsultes auraient voulu permettre à la femme sans le consentement marital, ce sont les contrats dits « utiles ». Les auteurs, qui voyaient dans la nécessité de l'autorisation une mesure de protection, devaient être en effet portés à décider que les actes de la femme ne seraient nuls qu'autant que par suite du défaut d'assistance, ils étaient nuisibles à ses intérêts. Pourquoi ne pas les valider s'ils étaient au contraire favorables à celle qui les avait passés ? C'était l'application de la règle romaine que le pupille ne peut faire sa condition pire, mais peut la rendre meilleure. Et c'est en effet vers cette théorie que penche Chassaneus : il croit que la femme peut sans autorisation signer les contrats d'où elle retire des avantages manifestes, se basant sur ce principe que les règles introduites en faveur de quelqu'un ne peuvent ensuite se retourner contre lui (1). Et Lebrun, pour qui l'autorisation maritale a, au moins partiellement, le même fondement que pour Chassaneus, adopte cette thèse. Il en conclut que la femme peut, sans aucun consentement, accepter une donation pure et simple parce que c'est

(1) Chassaneus, Rub. IV, § I, page 482. « ... Limita consuetudinem nostram non habere locum in contractibus utilibus, quia mulier potest tales contractus facere, non servata solennitate consuetudinis nostrae... alias illud quod est introductum in ejus favorem redundaret in ejus damnum. »

pour elle un contrat avantageux. En revanche, il ne lui permet pas d'accepter sans autorisation une succession même bonne, car il peut y avoir des dettes à payer. En un mot, dit-il, résumant sa théorie, « on doit dire des femmes quant à l'autorisation, ce que Justinien dit des mineurs : *Placuit meliorem quidem conditionem licere eis facere etiam sine tutoris autoritate, deteriore vero non aliter quam cum tutoris autoritate* » (1). C'est encore, en principe, l'opinion de Bourjon ; cependant, il ne veut pas que la femme puisse accepter seule une donation même pure et simple ; prétendant qu'elle emporte toujours un engagement réciproque tacite (2). Dumoulin paraît même aller plus loin : Tout en prévenant que la coutume de Paris dispose le contraire, et que des arrêts ont jugé dans un sens opposé à son opinion, il se déclare partisan de laisser la femme donner ou vendre librement ses propres quand ces actes sont motivés par une juste cause. « *Ideo acquiescere*, dit-il, *dummodo donatio vel venditio fiat prudenter et justa causa.* » Mais il n'y aurait juste cause que si le mari ni les enfants n'en souffraient aucun préjudice (3). Il nous semble que Dumoulin va

(1) Lebrun, L. II, ch. I, sect. III.

(2) Bourjon, L. I, IV^e Partie, ch. III, sect. II, § 8 et 9.

(3) Dumoulin, sur l'art. 114, Coutume du Paris, n^o 5. « Chartier et alii solent tenere quod mulier sine consensu viri et autoritate, potest sua propria vendere sine ejus praejudicio, quod videtur falsum per hanc consuetudinem... *Ideo acquiescere dummodo donatio vel venditio fiat prudenter et justa causa : ita ut esset justa causa authorandi, non in praejudicium viri, nec liberorum omnium communium. Sed certe contra judicatum est touchant Mme de Bazoches, et le contrat déclaré nul.* »

bien loin : on a beau interpréter strictement la « *justa causa* », il restera toujours que le principe de l'autorisation maritale subit, au moins en théorie, une trop forte atteinte.

En outre il était encore un certain nombre de cas spéciaux où les coutumes et les auteurs n'exigeaient pas l'autorisation maritale. Par exemple, pour ester en justice criminelle, tandis que l'on admit toujours la femme défenderesse à se présenter sans autorisation, on exigeait le consentement du mari si c'était elle qui voulait accuser. Cependant plusieurs coutumes faisaient exception pour le cas d'injures personnelles adressées à la femme et où elle pouvait intenter seule une action en réparation (1). De même, la femme contractait valablement sans son mari quand ce dernier avait perdu son état civil par une condamnation à une peine capitale (2), ou bien quand elle s'obligeait pour le tirer de prison (3),

(1) Ainsi la Coutume de Normandie, art. 553 : « pourvu, dit-elle, que l'injure soit atroce. » Et la Coutume de Blois, art. 3 : « excepté, dit-elle, en matière d'excès et d'injures. » Celle du Berry, titre I, art. 2. Celle du Bourbonnais, art. 169.

(2) En effet cette décision était logique pour ceux qui décidaient que l'autorisation était un effet de la puissance maritale. Or une condamnation capitale faisait déchoir le mari de tous ses droits, par conséquent la femme devait redevenir libre. L'autorisation supplétive de justice, ici, ne se serait comprise que pour ceux qui présumaient la faiblesse féminine et voulaient y parer.

(3) Pour tirer le mari de prison, on faisait le même raisonnement en disant que l'autorisation était un effet de la puissance maritale ; il s'ensuivait alors qu'on pouvait suppléer à cette formalité quand il s'agissait de l'intérêt propre du mari et de sa liberté (Lebrun, L. II, ch. I, sect. I).

ou bien encore pour doter sa fille si le mari était absent.

Mais ce sont là les seuls débris de l'ancienne capacité de l'épouse, qui lui permettait de prendre la direction du ménage aussitôt que le chef en était empêché. La conception de son rôle d'associée ayant été transformée, elle devait désormais, au cas d'impossibilité du mari d'agir, s'adresser à la justice (1).

Il était enfin certaine situation de la femme qui la déliait plus ou moins complètement de sa dépendance et lui donnait pendant le mariage même, la liberté de passer seuls différents contrats : c'était le cas de la séparation de biens.

N° 3. — *Séparation de biens.*

Dans l'ancien droit, avons-nous vu, l'épouse séparée de biens recouvrait sa pleine capacité et n'avait jamais

(1) Au cas de mariage clandestin, l'obligation de la femme non autorisée n'était pas nulle, car un tel mariage ne produisait pas d'effets civils ; il n'existait en effet qu'aux yeux de l'Eglise (Lebrun, liv. II, ch. I, sect. I). De même, si la femme mariée contractait sous le faux titre de fille majeure, et comme telle non astreinte à la nécessité d'un consentement quelconque, l'obligation était valable. Elle ne pouvait en demander la nullité pour défaut d'autorisation, et son engagement s'exécutait, réserve faite bien entendu de l'usufruit du mari sur ses propres. L'autorisation maritale, dit Lebrun, est faite pour subvenir, comme le Velléien, à la faiblesse des femmes et non à la supercherie de quelques-unes. La loi décidait autrement pour les mineurs qui s'étaient dits majeurs, ils pouvaient se faire restituer. Lebrun encore en donne cette raison que « à l'égard des mineurs, il y aurait sujet de craindre que la déclaration de majorité ne passât en style, au lieu que la fraude de la femme qui se dit fille majeure n'est pas si commune, ni si connue » (Lebrun, liv. II, ch. I, sect. I, n° 29).

besoin de recourir à l'autorisation du mari. Il y avait là, avons-nous dit plus haut, une corrélation entre deux institutions nées ensemble, la communauté et l'autorisation maritale, corrélation qui faisait disparaître la seconde, quand la première était dissoute. Cette tradition du vieux droit trouve encore des échos dans la législation postérieure ; quelques coutumes la continuent (1), et de grands jurisconsultes la soutiennent et la défendent. Dumoulin, par exemple, dispense complètement la femme séparée de toute autorisation, même pour les actes d'aliénation (2). La coutume de Paris elle-même, qui dispose dans son article 234 « qu'une femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari si elle n'est séparée par effet ou marchande publique », paraît bien, elle aussi, consacrer cette doc-

(1) Ainsi la coutume de Montargis, ch. 8, art. 6, dit : « Femme séparée, quant aux biens solennellement peut et lui loist contracter et disposer de ses biens meubles et immeubles, ainsi et en la manière qu'elle pourrait faire si elle n'était mariée. » La coutume de Dunois, art. 58, a une semblable disposition. De même encore, celle de Sedan, art. 96.

(2) Dumoulin émet cette opinion sous les art. 170 et 232 de la coutume du Bourbonnais. L'art. 170 disait : « Femme mariée est en la puissance de son mari », et Dumoulin ajoute : « Indistincte, etiamsi non sint communes in bonis, secus facta separatione. » Sous l'art. 232, il s'exprime ainsi : « Ergo simplex separatio bonorum reddit mulierem a potestate viri, ideo si est minor annis dandus ei curator, intelligendum etiam de separatione facta publice et auctore iudice ordinario. » Dumoulin tirait argument de ce que la coutume disait que la femme séparée « ne retournait pas en la puissance de son père ». Lebrun répond à cette interprétation que ces mots de la coutume signifient seulement que la femme restait alors en la puissance maritale.

trine. Mais ce n'est pas dans ce sens qu'on l'interpréta, et Lebrun (1), après avoir dit qu'elle est une de celles qui singularisent sur cette matière, ajoute qu'elle donne seulement à l'épouse « la faculté de s'obliger pour choses modiques, qui n'excèdent ses revenus ». C'est, il nous semble, s'attacher à faire dire à un texte ce qu'il ne dit pas du tout. Enfin, la coutume de Normandie, bien que contenant une disposition spéciale fait encore une part à l'ancien droit (2).

Mais la majorité des auteurs et des coutumes firent une distinction. Ils suivirent le système de Chopin (3), qui, dans son commentaire de la coutume de Paris restreignait la pleine capacité de la femme séparée aux actes d'administration. Pour les autres actes plus importants, aliénations, constitutions d'hypothèques, il lui faudra l'autorisation du mari (4). L'épouse séparée, est en un mot, dans cette opinion, et les auteurs le disent, tout à fait assimilée à un mineur émancipé. Cette conception fut celle des grands jurisconsultes des derniers

(1) Lebrun, L. II, ch. I, sect. I, n° 16.

(2) D'après la Coutume de Normandie, la femme avait le droit d'aliéner sans autorisation les immeubles par elle acquis depuis la séparation. Pour ceux qu'elle possédait antérieurement ou qu'elle avait recueillis par succession, il lui fallait l'autorisation du juge ou un avis des parents (Guyot, *Répertoire*, mot *autorisation*, sect. VII, § 5).

(3) Chopin, *Commentaire*, Coutume de Paris, L. II, t. I, § 15.

(4) Dunod, *Gens mariés*, ch. I, lui laisse cependant recevoir sans le consentement du mari, le rachat d'une rente, bien que, dit-il, ce soit là une aliénation, parce que c'est une aliénation nécessaire ; Lebrun est en sens contraire, L. II, ch. I, sect. I.

siècles ; elle est encore celle de notre Code (1). L'un d'entre eux, cependant, Loysel, paraîtrait, si on l'interprète strictement, avoir voulu préconiser un système spécial : « Femme séparée de biens, dit-il, autorisée par justice, peut contracter et disposer de ses biens comme si elle n'était mariée » (2). La femme séparée, d'après ce texte, devrait donc pour les actes graves demander la permission du juge : mais, d'autre part, les mots « comme si elle n'était mariée » semblent bien indiquer que Loysel envisageait plutôt le même système que Dumoulin, et qu'il reconnaissait à l'épouse une entière indépendance.

Sur quel principe ces jurisconsultes basaient donc cette demi-liberté qu'ils accordaient à l'épouse séparée de biens ? Pothier (3) l'énonce très nettement : « Le besoin qu'a une femme de l'autorisation de son mari, ayant son fondement dans la puissance du mari, et non sur la communauté de biens, on doit en conclure qu'une femme, quoique séparée de biens, ne laisse pas d'avoir besoin de l'autorisation pour les actes qu'elle fait, sauf pour ceux qui ne concernent que la simple administration de ses biens. » En un mot, l'autorisation est un effet de la puissance du mari, cette puissance dure autant que le mariage ; or la séparation de biens ne dis-

(1) Bourjon, L. I, IV^e Partie, sect. II, § XV ; Dunod, ch. I ; Lebrun, L. II, ch. I, sect. I, n^o 12 ; — Pothier, sect. II ; Cod e, art. 217.

(2) Loysel, L. I, t. II, § XXIV.

(3) Pothier, sect. II.

sout pas le mariage, donc la nécessité de l'autorisation doit subsister. Tel est ce raisonnement très simple. Toutefois, à notre avis, cette solution est assurément moins logique que la théorie adverse qui déliait complètement la femme. En effet, d'une part, les jurisconsultes du XVIII^e siècle, admettant que l'idée d'autorisation avait sa base dans la puissance même du mari qui découle directement du mariage, auraient alors dû pousser jusqu'au bout leurs déductions, et ne pas s'arrêter à mi-chemin. Du moment que l'union conjugale subsiste encore et par là le pouvoir marital, pourquoi décider que le consentement ne sera plus nécessaire pour les actes d'administration, et qu'il sera seulement exigé pour les actes plus graves ? Le principe étant admis, il fallait en poursuivre logiquement et rigoureusement toutes ses conséquences, il fallait maintenir intégralement les droits du mari sur la femme séparée. Et, d'autre part, ces auteurs oubliaient que cette soumission nécessaire des actes de l'épouse à son mari était une institution sœur de la communauté, et qu'entre elles il y avait une relation si intime que pendant longtemps où la seconde n'existait pas, nous ne trouvions pas non plus la première. Il ne fallait pas négliger cette tradition historique et perdre de vue les conditions dans lesquelles l'autorisation maritale avait pris racine dans le droit coutumier. Au reste, un auteur, L'Hoste, dans un commentaire de la coutume de Montargis, chapitre VIII, article 6, a fort bien discuté le nœud même de

la question. « L'autorité du mari, dit-il, n'est point nécessaire à une femme séparée de biens, ce qui me semble bien raisonnable, puisque le mari n'en reçoit aucune incommodité en ses biens... cette liberté ne blesse l'honneur qui est dû au mari quoique l'on veuille dire.... et il faut distinguer la puissance civile d'avec la naturelle : celle-ci est inséparable du mariage, l'autre, qui vient seulement en conséquence du contrat, peut n'être point, quand en faisant mariage il n'y a point de communauté de biens... »

Et d'ailleurs, il est peut-être un peu paradoxal d'obliger la femme à demander une autorisation de contracter à celui-là même contre qui une sentence de séparation a été rendue pour incapacité à bien gérer, et dilapidation. Les auteurs qui tenaient absolument à protéger la femme, comme Lebrun par exemple, auraient été alors plus logiques avec leur conception générale de l'autorisation maritale, en soumettant les actes de l'épouse séparée à la tutelle supplétive du juge. Est-il besoin d'ajouter en outre que le mari, dans ce cas, se fait souvent un malin plaisir de refuser son consentement pour créer ainsi à sa femme des difficultés de procédure et des lenteurs.

C'est pour ces différentes raisons que nous préférons la solution plus libérale et plus nette de l'ancien droit au système un peu bâtard qui finit par l'emporter au XVIII^e siècle et dans notre Code.

Quant aux actes judiciaires, on s'accordait en géné-

ral pour reconnaître à la femme séparée le droit d'ester en jugement sans autorisation. La Coutume de Paris d'abord était expresse en ce sens. Art. 224 : « Femme ne peut ester en jugement sans le consentement de son mary, si elle n'est autorisée ou séparée par justice et la dite séparation exécutée. » Et Lebrun explique cette faveur par la protection que les juges sont censés accorder à l'épouse dont le procès se déroule devant eux, tandis que pour les actes extrajudiciaires, ce contrôle n'existe plus (1).

Enfin on se posa la question de savoir si, dans le contrat de mariage, la femme pouvait stipuler le droit d'agir sans autorisation ; mais c'est là un point qui touche à la forme dans laquelle pouvait et devait toujours se manifester cette autorisation maritale.

§ 3. — Forme dans laquelle doit apparaître l'intervention du mari.

Le droit du XIII^e siècle n'exigeait aucune forme spéciale pour la manifestation de ce consentement. Il suffisait, on l'a vu, que la femme ait contracté « son mari le sachant » pour que son obligation fût validée et exécutoire sur la communauté. En un mot, le vieux droit admettait les autorisations générales et tacites.

(1) Lebrun, L. II, ch. I, sect. I : « mais régulièrement la femme séparée ne peut contracter sans autorisation parce qu'en contractant elle n'est pas comme en plaidant sous l'inspection des juges ».

C'est aussi l'avis de Bourjon, L. I, IV^e Partie, sect. II, § XV.

Après le XV^e siècle, les juristes imbus du droit romain, et qui avaient presque assimilé l'épouse au pupille, assimilèrent l'autorisation du mari à l'*auctoritas* du tuteur. Or, à Rome, cette *auctoritas* était expresse : *auctor fio* disait le tuteur, et de plus elle était spéciale, elle intervenait à l'occasion de chaque acte. C'est qu'en effet une institution comme la tutelle, destinée à protéger un incapable ne pouvait être efficace qu'autant qu'elle s'exerçait d'une manière active et constante par le contrôle particulier de chaque contrat du mineur, et le tuteur alors ne donnait son approbation que si les clauses lui en paraissaient convenables. Puisque l'épouse était désormais elle aussi une incapable, il était juste d'étendre à l'autorisation du mari ces dispositions édictées pour l'*auctoritas tutoris* dans un but de protection. Tel était le raisonnement de ceux qui croyaient en la faiblesse du sexe, par exemple de Chassaneus, raisonnement logique jusqu'ici dans ses déductions, mais qui partait d'un principe absolument faux. Et d'autre part, les jurisconsultes pour qui l'autorisation maritale n'était qu'un aspect de la puissance de l'homme considéraient, toujours sous l'influence du droit romain, que cette puissance était telle qu'une intervention formelle et spéciale du mari était nécessaire pour habiliter l'épouse à contracter et la relever de son incapacité. Le pouvoir du mari, en un mot, est si fort, et la femme est tellement incapable, qu'une vague formule d'approbation est tout à fait insuffisante et qu'il faut un acte du

mari exprès et énergique. Là aussi, le raisonnement était vicié dans le principe d'où il était parti. Et alors, de cette conception fausse, ils ont tiré toute une série de conséquences qui ont fait de notre droit en cette matière, une législation aussi formaliste que le très vieux droit romain. On va s'en rendre compte.

D'abord pour les actes extrajudiciaires :

En premier lieu, il faut que l'autorisation soit expresse ; tacite, elle équivaldrait au défaut d'autorisation. « Cette autorisation n'est pas un simple consentement, dit Pothier, le contrat auquel le mari aurait donné son consentement en y souscrivant, ne sera pas pour cela valable s'il n'a pas expressément autorisé la femme pour le faire (1). » Ainsi, le mari aura assisté à la vente d'un propre de sa femme, il aura écrit cet acte, il l'aura signé ; cela ne suffit pas, le vœu de la coutume n'a pas été rempli, l'acte sera nul. Bien mieux, la vente sera nulle dans l'opinion extrême, quand même il aurait expressément donné son consentement, quand même il aurait approuvé l'aliénation en termes formels, s'il n'a pas employé le mot « autoriser ». Il faut qu'il ait dit : « J'autorise » comme le tuteur romain disait *auctor fio*. C'est que l'on distingue consentement et autorisation. On découvre que cette distinction a déjà été

(1) Pothier, sect IV ; Bourjon, Partie IV, ch. III, sect. VI, § 28. Lamoignon, titre 32, art. LXXX : « La simple présence du mari n'est suffisante, mais l'autorisation expresse et formelle est nécessaire. »

faite dans ce passage de la première Catilinaire de Cicéron : *Quid auctoritatem*, y est-il dit, *loquentium expectas, quorum voluntatem tacitorum perspicis?* Le simple consentement, conclut-on, ne marque pas la puissance du mari, il indique seulement son approbation, « il ne regarde que lui-même et son intérêt » (1), l'autorisation seule peut habiliter la femme à s'obliger et donner en quelque sorte une forme au contrat. « Pour que le mari, dit Pothier, soit censé avoir autorisé sa femme, il ne suffit pas qu'il ait déclaré par le contrat qu'il y donnait son consentement et qu'il l'approuvait, car l'autorisation est quelque chose de plus qu'un consentement : c'est un acte par lequel il habilitera sa femme à faire le contrat. Il est donc absolument nécessaire qu'il déclare qu'il autorise sa femme. Ce terme est comme sacramentel, et je ne vois que celui d'habiliter qui puisse paraître équipollent (2). » Pothier, d'ailleurs, ne fait ici que traduire Tiraqueau qui s'exprimait ainsi : *Non sufficit simpliciter consentire, sed sicut sonat verbum debet auctoritas praestari* (3). C'est la même rigueur chez Chassaneus « *auctoritas debet exprimi formaliter per verbum autoriso, et non sufficit eam exprimere per aequipollens* » ; et aussi chez Bourjon (4).

(1) Dunod, ch. I. *Gens mariés* ; Lebrun, L. II, ch. I, sect. IV.

(2) Pothier, sect. IV, n° 68.

(3) Tiraqueau, glose 7, n° 2 et 3.

(4) Bourjon, ch. III, sect. I, § 3 ; Chassaneus, Rub. IV, § 4, p. 489 ; Chassaneus toutefois, trouve bien que c'est là formalité un peu rigide, car, dit-il, on permet bien au juge de dire indistincte-

Ainsi le mot autoriser a pris un sens symbolique, et le mot consentement est considéré comme n'éveillant plus du tout la même idée. C'est du formalisme tout pur, et c'est aussi d'une subtilité toute byzantine produite par le souvenir de l'*auctoritas tutoris* qui obsédait alors les esprits. Plusieurs auteurs n'étaient d'ailleurs pas allés aussi loin dans ce retour au formalisme. Tout en exigeant une autorisation expresse, ils trouvaient suffisante une formule équipollente. C'était, par exemple, l'avis de Lebrun, et probablement aussi de Lamoignon qui parle seulement d'autorisation expresse et formelle (1).

D'autres auteurs, enfin, se tenaient encore plus près de la tradition et blâmaient les exagérations de Tiraqueau. Sans aller jusqu'à Coquille qui a conservé presque intégralement l'héritage de Beaumanoir et la vieille formule « son dit mari sçachant » le président Bouhier se maintient dans une opinion moyenne et raisonnable. Il ne considère même pas comme nécessaire une autorisation expresse, il lui suffit que le mari ait assisté à l'acte et l'ait signé, car, ajoute-t-il, très justement « on ne saurait dire que la femme ait manqué à ce qu'elle lui doit, quand elle l'a appelé pour assister à sa disposition (2) ».

ment : « j'absous, je condamne, ou d'autres mots ayant le même sens. »

(1) Lebrun, sect. IV, « on demande si le mot d'autorisation est nécessaire..... et il semble qu'il suffit que l'autorisation soit en substance, la loi n'établissant point en pareil cas de terme fatal... ».

(2) Bouhier, ch. XIX, page 342. Il démontre que l'autorisation ne

Plusieurs coutumes également n'avaient pas suivi les règles formalistes de Tiraqueau et de Chassaneus. C'étaient par exemple celles de Flandre, de Dijon, de Normandie, de Bourgogne (1) où l'on tenait comme suffisante une autorisation tacite du mari. Néanmoins, à la fin de l'ancien droit, la nécessité d'une autorisation expresse et formelle était très généralement exigée en France.

En second lieu, il fallait que l'autorisation fût spéciale c'est-à-dire intervînt à propos de chaque acte de la femme ; une autorisation générale eût été dénuée de tout effet juridique. On considérait que permettre les autorisations générales, c'était permettre au mari l'abandon de sa puissance ; or la puissance était une disposition d'ordre public et il était impossible d'y déroger. L'autorisation générale, écrit Pothier, tend à mettre la femme « hors de la dépendance en laquelle les lois veulent que les femmes soient de leurs maris(2) ». Et alors,

doit pas faire partie de la forme des actes de la femme et il ne comprend pas cette opinion formaliste qui, selon lui, ne peut même pas s'appuyer sur les règles de l'*auctoritas* du tuteur romain. En effet, dit-il, « à l'égard du tuteur même il est sûr qu'on n'exige pas ce terme d'autorité : *Hoc est enim auctorem fieri quum se probare dicit id quod agitur*, prononce la loi... » « L'autorité n'est donc autre chose qu'une approbation, et nous avons vu que celui qui signe l'acte est réputé l'approuver. »

(1) Bouhier, p. 342 et s. « L'autorisation tacite du mari est si constamment tenue pour suffisante en notre Bourgogne qu'on y a jugé qu'une simple promesse du mari de faire obliger la femme sans faire mention d'autorité validait l'obligation que la femme contractait ensuite en son absence. »

(2) Pothier, sect. IV.

on décidait que l'autorisation spéciale devait être donnée en principe au moment même du contrat (1). Postérieure au contrat, elle ne validait pas l'obligation de l'épouse, à moins que cette dernière ne s'obligeât de nouveau. Toute décision contraire en effet ne se pouvait concevoir que dans le système qui considérait l'autorisation maritale comme édictée dans le seul intérêt du mari. Mais elle pouvait en revanche précéder l'engagement de la femme : seulement, l'acte d'autorisation devait être alors annexé à la minute d'obligation. D'ailleurs, sur ce point de détail sans intérêt théorique, les auteurs se montraient plus ou moins rigoureux les uns que les autres.

On discutait aussi sur la validité des autorisations générales données dans les contrats de mariage. Lebrun les proscrit indistinctement se basant entre autres arguments sur l'idée de disposition de police et d'intérêt public qu'il reconnaît à la puissance du mari (2). C'est la même opinion chez d'Aguesseau qui invoque l'*auctoritas tutoris* du droit romain (3), et aussi chez Pothier qui déclare qu'une telle autorisation est seulement valable pour les actes d'administration.

Au contraire, Bourjon estime que l'autorisation gé-

(1) Chassaneus, p. 489, rub. 4, § 1 « Dic quod autoritas debet esse in ipso actu vel statim et immediate post ». Et Pothier, sect. IV, « L'autorisation ne peut intervenir après l'acte qui reste absolument nul car il n'est pas susceptible de confirmation ».

(2) Lebrun, sect. IV.

(3) D'Aguesseau, *Œuvres*, t. II ; plaidoyer du 3 avril 1694.

nérale donnée dans un contrat de mariage emporte pour la femme le droit même de disposer de ses propres, si la clause du contrat de mariage est formelle en ce sens ; et cet avis est partagé par Dunod (1). Quant à Laurière, tout en indiquant que de bonnes raisons militeraient en faveur de cette dernière solution, il approuve cependant les arrêts qui se sont prononcés pour la négative, en invoquant la protection due à l'épouse inexpérimentée « parce que, dit-il, une femme se pourrait ainsi ruiner et ses enfants, et être ensuite à charge à son mari » (2).

On était moins exigeant pour les actes judiciaires. Tandis que pour les actes extra-judiciaires il fallait, avons-nous vu, une autorisation expresse et spéciale, au contraire quand il s'agissait d'intenter une instance en justice les auteurs et les coutumes étaient beaucoup moins rigoureux. Ici, une autorisation tacite était suffisante ; le mari, par exemple, était censé autoriser valablement quand il procédait conjointement avec son épouse, quand il était partie à la procédure, ou même seulement s'il avait signé quelque acte ou pièce de la cause. La raison de cette tolérance, Renusson

(1) Bourjon, liv. I, tit. V, § XI et XII ; Dunod, *Gens mariés*, chap. I. Il décide même que cette autorisation générale peut parfois être donnée, même pour aliéner, en dehors du contrat de mariage, par exemple « au cas d'absence du mari ou autre empêchement légitime qui l'oblige à établir un procureur ». La coutume du Berry en son art. 21 du tit. 1^{er} est également très large.

(2) Laurière sur l'art. 234 de la coutume de Paris.

nous la donne : « C'est l'inconvénient qui en résulterait si l'omission qu'on ferait dans une longue suite de procédures de donner à la femme qualité d'autorisée, constituait une nullité (1) » et Lebrun ajoutait : « parce qu'on demande moins de formalités où il y a plus de sécurité et où la justice interpose son autorité. »

L'ancien droit eût été assurément plus logique en même temps que plus conforme à une tradition raisonnable s'il eût donné la même solution pour la forme de l'autorisation dans les contrats extra-judiciaires. Le Code civil s'en rendra compte et en reviendra à juger l'autorisation tacite suffisante au moins dans certains cas.

§ 4. — Autorisation de justice.

Le recours à la justice au refus du mari, accordé dans le très ancien droit d'abord au cas de procès que la femme voulait intenter s'était étendu peu à peu au XVI^e siècle à tous les autres actes pour lesquels le mari ne voulait pas donner son consentement. Il y eut là une extension toute naturelle et qui se fit sans trop de résistance après que la première brèche eut été faite à la puissance du mari (2). Réforme toute en faveur de la femme qui était ainsi toujours sûre de ne point être sans défense et secours en présence d'un caprice injustifié

(1) Renusson, 1^{re} partie, chap. VIII ; Lebrun, sect. VI.

(2) Renusson, 1^{re} partie, chap. VII, rapporte les arguments de ceux qui s'opposaient à l'extension.

de son époux. Pour rendre plus accessible ce recours au juge les formes en furent simplifiées : la nécessité très incommode de lettres royaux dont on trouve peut-être encore des traces chez Dumoulin (1) disparut à partir du XVI^e siècle. D'autre part, tandis que les vieux auteurs exigeaient que le juge avant d'autoriser, appelât toujours le mari en cause et fit une enquête sur l'utilité de l'acte à accomplir (2), les jurisconsultes modernes négligèrent peu à peu ces formalités. L'ancienne théorie ne subsista plus que pour certains actes de la femme : pour les contrats extra-judiciaires on décidait bien encore que le mari devait être cité et que les juges devaient entrer en connaissance de cause (3), mais s'il s'agissait de procès, l'autorisation était toujours donnée sans qu'aucune de ces formalités préliminaires ait été remplie. Le seul silence du mari, disait Lebrun, suffit ici à faire présumer que son refus est sans cause ; et, d'autre part, on considérait que, pendant tout le cours de l'instance, la femme serait sous le contrôle de la justice, tandis que ce contrôle ferait défaut quant aux autres actes extra-judiciaires. En un mot, l'autorisation de la justice donnée au refus du mari, partie de cet excellent principe qu'il ne fallait pas laisser la femme à la discrétion

(1) Dumoulin sur l'art. 106 de l'ancienne coutume de Paris.

(2) Bouteiller, liv. I, tit. IX, disait « parties appelées sur ce... ».

(3) Lebrun, sect. VI ; Bourjon, ch. III, sect. IV, § 21 : « Celle qu'elle lui accorde pour contracter ne s'accorde qu'en connaissance de cause et autant qu'il y a apparence que le contrat lui sera utile, sans cela telle autorisation doit être refusée. »

de son conjoint, suivit régulièrement son évolution progressive ; l'accès du juge est rendu de plus en plus facile, et la femme en est arrivée à pouvoir accomplir, autorisée de justice, tous les actes dont elle était capable, autorisée de son mari.

Mais en même temps que l'on tendait à secourir les femmes contre l'arbitraire de leurs maris, on tendait aussi, d'autre part, à restreindre les cas où les vieilles coutumes leur permettaient d'agir sans aucune autorisation. Ce mouvement, à l'inverse du premier, partait d'une idée de défiance et de défaveur pour le sexe faible dont nous avons trouvé déjà des traces au XIV^e siècle. On voulait enfermer la femme dans une capacité limitée, et la placer sous la surveillance et la protection du juge, chaque fois que son mari, son tuteur naturel, ne pouvait s'acquitter de ses fonctions. Ce mouvement, dont la première application se trouve dans le Grand Coutumier (1), prit rapidement une extension considérable. Au début, la justice ne supplée le mari que s'il est absent ; mais bientôt elle est appelée à intervenir dans tous les cas où il y a pour lui impossibilité matérielle ou morale à remplir son rôle. La femme devient de plus en plus une incapable, l'autorisation du mari revêt de plus en plus tous les caractères d'une tutelle, et le juge devient un second tuteur éventuel. Le mari est-il dément, interdit, banni, la femme ne pourra plus

(1) Voir *suprà*, p. 64.

agir seule comme au temps de Beaumanoir, elle devra préalablement s'adresser au juge pour lui demander cette autorisation que son époux ne peut plus lui donner. Pothier n'exempte la femme de cette formalité et ne lui restitue sa pleine capacité que dans des cas très exceptionnels : par exemple, si le mari est en prison et que la femme s'oblige dans le but de l'en délivrer, ou encore s'il a subi une condamnation à une peine capitale. Dans ce dernier cas, le mari ayant perdu son état civil a perdu aussi sa puissance, et Pothier en conclut « que l'autorisation de justice n'étant que représentative et supplétive de celle du mari, elle ne peut être nécessaire à une femme qui étant délivrée de la puissance maritale quant aux effets civils n'a plus besoin de son autorisation (1) ».

On tenta enfin d'exiger encore l'intervention du juge quand le mari était mineur. Mais sur ce point, il n'y eut pas unanimité des juristes et cette solution ne triompha point au XVIII^e siècle. Les auteurs, en effet, qui avaient traité la femme en incapable et l'avaient assimilée à un faible d'esprit dont tous les actes devaient être contrôlés par un tuteur, se virent amenés, en poussant leur doctrine à ses extrêmes conséquences, à retirer au mari mineur le droit d'autoriser. Puisque la nécessité de ce consentement n'avait sa raison d'être que dans un intérêt de protection pour l'épouse, il eût été illogique

(1) Pothier, sect. II, n^o 23.

de confier ce rôle à une personne qui, comme le mineur, est elle-même incapable et inexpérimentée. « *Qui ipse deficit, non potest alienum supplere defectum* » disait un vieil adage romain. Aussi, était-il alors tout naturel de suppléer le mari mineur en faisant appel au juge que l'on chargeait alors de faire office de tuteur. C'était un nouveau cas d'autorisation supplétive de justice.

Quid si maritus sit minor ? se demande Tiraqueau. Et il répond : « *autoritas mariti requiritur ad integrandam personam uxoris.... quomodo poterit alteri praestare qui ipse auctoritate indiget ?* » (1) Et Dumoulin, prévoyant la même hypothèse de minorité du mari : « *An valeat autoritas ?* » dit-il. Il ajoute : « *Videtur quod non quia ipse vendere non potest, authorare neque potest* » (2). Solution tout à fait en harmonie avec l'idée de faiblesse féminine donnée comme base à l'autorisation maritale.

Ce système qui n'avait point été celui de l'ancien droit ne pouvait point être non plus celui des juriconsultes aux yeux desquels le droit d'autoriser était un simple effet de la puissance maritale ou une règle de bienséance publique. Il était évident que, pour eux, peu importait l'âge du mari : le pouvoir de donner l'autorisation est attaché à sa qualité même de mari, sans que l'on doive s'inquiéter de sa capacité personnelle, son rôle n'étant point de protéger, mais seulement de lever

(1) Tiraqueau, glose 8, n^{os} 41 et 48.

(2) Dumoulin sur l'art. 114 de la Coutume de Paris, n^o 6.

une prohibition édictée comme corollaire de sa puissance. C'est là l'opinion de tous les grands jurisconsultes des XVII^e et XVIII^e siècles, Renusson, Lebrun, Bouhier, Lamoignon, Pothier (1). Mais ils admettent en même temps que ce mari mineur, s'il en a souffert préjudice, peut se faire restituer contre l'autorisation donnée, et alors l'obligation de la femme, manquant de base est anéantie. Décision bien conforme au droit commun d'après lequel le mineur ne peut se léser en contractant, mais aussi un peu rigoureuse pour les tiers. Ces derniers, en effet, qui ont accepté l'engagement de la femme autorisée, ont pu croire l'autorisation valablement donnée ; ils n'ont pas eu à rechercher l'âge du mari avec lequel ils n'entrent pas en relations directes. Et c'est en ce sens que paraît bien se prononcer Lamoignon : « Le mari mineur, dit-il, peut autoriser sa femme majeure pour l'aliénation de ses immeubles, et il n'y a lieu à la restitution du chef de la minorité (2). » Mais la solution plus favorable au mari mineur l'emporta ; on suivit la maxime de Loysel qui disait « sans que la femme s'en puisse faire relever, mais bien lui », et le recours du mari lésé fut toujours admis des grands ju-

(1) Renusson, 1^{re} partie, ch. VII ; Bouhier, ch. XIX, p. 336 ; Pothier, sect. II, art II ; Lebrun, L. II, ch. I, sec. II. Ce dernier qui avait donné comme fondement à l'autorisation maritale une idée de protection pour la femme, était d'ailleurs moins logique que Dumoulin, en reconnaissant à un mineur le droit d'autoriser. Il y a chez lui un mélange de deux systèmes différents.

(2) Lamoignon, tit. 32, art. LXXV.

risconsultes du XVIII^e siècle. D'autre part, on décidait que la femme mineure, autorisée à s'obliger par son mari majeur, était restituable contre un préjudice souffert. C'était là encore l'application du droit commun. Au reste, dans cette dernière hypothèse, elle devait, au moins pour les actes graves, avoir près d'elle un curateur ; c'était, sur ce point qui d'ailleurs n'a guère d'intérêt, l'avis de la majorité, contrairement à l'opinion de Lebrun (1).

Ainsi l'autorisation supplétive de justice était arrivée à prendre une place considérable à côté de celle du mari qu'elle suppléait pour tous les actes que la femme voulait accomplir ; elle avait complètement dénaturé la conception première et vraie de l'autorisation matrimoniale ; la femme était devenue ainsi une véritable incapable. Il était cependant un acte pour lequel l'intervention supplétive du juge ne suffisait pas, c'était l'exécution testamentaire. L'épouse ne pouvait remplir ces fonctions que si elle obtenait le consentement de son mari et de lui seul (2). On considérait sans doute qu'il y avait là un office assez délicat pour que ce dernier dût en être averti et donnât son assentiment.

Si le juge pouvait ainsi toujours jouer un rôle supplétoire, il ne faudrait pas cependant croire que les effets

(1) Lebrun, sect. II.

(2) Lebrun, sect. III, n° 11 : « Pour les femmes mariées elles doivent être autorisées par leurs maris pour accepter une exécution testamentaire qui oblige à un compte. » De même Bourjon, IV^e partie, chap. III, sect. IV.

de cette autorisation étaient absolument les mêmes qu'au cas où elle émanait du mari. Tandis en effet que l'obligation de la femme autorisée de son mari était exécutoire sur les propres de chacun des conjoints et sur les biens communs, la même obligation qui n'était revêtue que du visa judiciaire engageait seulement la nue propriété des propres de la femme. Le droit d'usufruit marital était sauvegardé ; ce fut là le droit commun de l'ancien régime (1) ; il l'est encore de nos jours. Nous ferons la critique de cette disposition quand nous parlerons du Code civil, mais déjà dans l'ancien droit de violentes protestations s'étaient élevées contre cette théorie par trop rigoureuse pour les co-contractants de la femme. Loyseau a été le principal organe de ces doléances fort justes (2). Il rapporte les procédés et les ruses de certains maris qui pour ne pas être tenus éventuellement des dépens d'un procès ou d'une dette de succession sur leurs biens propres et ceux de la com-

(1) Loysel, liv. I, tit. II, § 22 : « Si le mari est refusant de l'autoriser, elles seront autorisées par justice, et le jugement qui interviendra contre elles, exécuté sur les biens de la communauté, icelle dissolue. »

(2) Loyseau, liv. II, chap. IV. *Du Déguerpissement*. Comme raisons à l'appui de sa théorie, il invoque : 1° que le mari étant seigneur des biens de sa femme est alors successeur universel de celle-ci et comme tel tenu de toutes ses dettes jusqu'à concurrence des biens auxquels il succède. 2° Que dettes et biens doivent également tomber dans la communauté « quia debita et credita veniunt in societatem ». Ces arguments sont juridiquement peu solides ; le meilleur argument serait l'invocation de l'équité qui ne veut pas que les tiers souffrent du mauvais vouloir du mari, ou de son impossibilité matérielle ou morale de remplir ses fonctions.

munauté, refusent d'autoriser leurs femmes à plaider ou à accepter la succession. « De manière que, dit Loyseau, plusieurs juges renvoyent et font attendre le créancier après la dissolution du mariage, autres luy permettent de vendre par décret la nue propriété de ses propres à la charge de l'usufruit tant que le mariage durera, ce qui n'est pas pour trouver beaucoup d'argent ». Et il ajoute « je croy quant à moy qu'il n'y a aucun point en nostre pratique plus nécessaire à réformer que celui là, veu que cette routine est non seulement très inique mais du tout fautive et évidemment contraire au droit romain ». Loyseau fait en outre remarquer fort justement que les abus ne sont pas à craindre, car la femme ne s'engage pas sans un contrôle préalable : le juge ne l'autorise en effet qu'après avoir reconnu l'utilité de l'acte à accomplir, qu'en connaissance de cause. Or, malgré cette utilité, parfois cette nécessité d'agir bien constatée, la femme cependant ne trouvera à contracter que dans des conditions fort désavantageuses, à cause du peu de crédit qu'elle offre ainsi aux tiers.

Malgré ces protestations, l'ancien droit resta fidèle à la tradition de Loysel, et l'obligation de la femme continua à n'engager la communauté qu'« icelle dissolue » selon l'expression de ce jurisconsulte. Toutefois Pothier fait produire plein effet sur la communauté à l'engagement de la femme « jusqu'à concurrence de ce que la communauté aura profité de l'affaire pour laquelle la femme a contracté ». Il donne la même solution au cas

où le contrat a été passé en vue de tirer le mari de prison, et peut-être même quand il a eu pour but la constitution d'une dot à la fille (1). Le Code civil, malheureusement, à notre avis, a consacré la solution de l'ancien droit.

§ 5. — Sanction du défaut d'autorisation.

C'est souvent par la sanction donnée par le législateur à une institution établie que l'on saisit le mieux l'esprit de cette institution, l'idée essentielle sur laquelle elle repose. C'est en effet le caractère de la peine édictée au cas de non-observation de la règle qui en fait déduire nettement si cette règle a été dictée par des considérations d'ordre général et public, ou seulement par la visée d'intérêts tout particuliers. La sanction du défaut d'autorisation maritale, a fait l'objet de longues discussions. Elle dépendait en effet du parti que l'on prenait sur le fondement de l'institution elle-même.

Le vieux droit du XIII^e siècle n'avait vu là que la nécessité d'un seul chef à l'association conjugale, dans l'intérêt même d'une bonne gestion et l'harmonie de la vie domestique. Et ce chef seul avait le droit de méconnaître les contrats passés par sa subordonnée qui avait méprisé son autorité en s'engageant sans lui demander

(1) Pothier, sect. I, § 3, n^o 43 et sect. III, n^{os} 35 et 41.

son consentement. Cette solution rationnelle n'a plus guère d'échos dans le droit postérieur au XVI^e siècle, que chez Guy Coquille, le représentant de la vieille tradition coutumière : « Toutefois, dit cet auteur, il semble que la nullité n'est pas précise, mais causative, en tant qu'elle touche à l'intérêt du mari. Car la personne de la femme est libre, et si elle n'était mariée, et fust en âge compétent pour contracter, nul ne douterait qu'elle peut valablement contracter et s'obliger. Si ce n'est en minorité ou en mariage, les femmes en fait de contrats, sont en liberté comme les hommes. C'est donc la puissance du mari qui les empêche de contracter. Cette puissance n'est pas empêchement essentiel, et en la même personne de la femme, mais en dehors et par accident. La femme donc en soi est habile à contracter et l'accident qui l'empêche étant ôté, son obligation qui a pris source de sa volonté, en laquelle elle était libre, reprend sa vigueur qui était absorbée et couverte par la puissance du mari (1). » Et alors la femme, après la mort de son époux, pourra être actionnée par ses co-contractants en exécution de son obligation.

Mais quand après la forte influence du droit romain et du droit canon, l'idée de la « *fragilitas sexus* » eut pénétré les juristes, et que sous cette impulsion la femme mariée de simplement dépendante devint incapable, la sanction du défaut d'autorisation devait aussi

(1) Coquille, question 100.

se transformer et répondre à la nouvelle conception. Le consentement marital étant exigé non seulement dans l'intérêt du mari, mais aussi et surtout en faveur de la femme dont on redoutait l'inexpérience et la faiblesse, il était désormais logique de donner à celle-ci l'action en nullité quand le vœu de la loi n'avait pas été rempli. C'était l'application de la règle que les incapables ont le droit de se prévaloir de la nullité d'un acte passé, chaque fois qu'ils ont manqué de la protection organisée dans leur intérêt. Et ainsi, on décidait que le défaut d'autorisation pouvait être opposé par le mari d'abord, dont la puissance a été méconnue, par la femme ensuite qui n'a pas été assistée. Cette théorie apparaît d'abord chez Chassaneus et Tiraqueau. Chassaneus, le premier, proposa cette nullité relative au profit de la femme elle-même, après un semblant d'hésitation en faveur d'une nullité absolue (1). Il base sa décision d'abord sur les termes de la coutume qui, dit-il, ne dispose pas « *prohibitive* » mais « *non permissive* » ; et surtout sur cette idée que l'autorisation maritale a été introduite par faveur pour le sexe féminin avec l'intention de remédier à son manque d'expérience : « *Dic quod ista consuetudo est favorabilis et introducta favore mulierum propter earum imbecillitatem.* »

Quant à Tiraqueau, qui, finalement, donne la même solution que Chassaneus, il est embarrassé de contra-

(1) Chassaneus (coutume de Bourgogne), Rub. IV, § 1, p. 477 et 478.

dictions. On se souvient que Tiraqueau très imbu de droit romain et de droit canon était pénétré de cette idée que la femme est un être tellement faible d'intelligence, que son incapacité était une règle nécessaire d'ordre public. Cette conception l'amène d'abord à formuler une nullité absolue de l'acte accompli sans autorisation, invocable par toute personne, et il critique vivement Chassaneus qui, on l'a vu, se refusait à admettre une proposition aussi radicale (1). La femme, ajoute-t-il, n'est même pas tenue d'une obligation naturelle, tout droit d'agir sans le consentement du mari lui ayant été complètement enlevé (2). Puis, brusquement, il change d'opinion, abandonne ce système rigoureux et décide que la mesure de protection prescrite vis-à-vis de la femme ne doit pas pouvoir se retourner contre elle. Si le contrat ainsi passé lui est avantageux, elle pourra en demander l'exécution ; et le tiers au contraire ne sera pas admis à opposer le défaut d'autorisation pour se soustraire à son engagement, « *quod contractum*

(1) Tiraqueau, *Leges connubiales*, Glose 4, n^{os} 1, 2, 6. — Il analyse le sens des mots de la coutume « ne peut », et conclut que cette expression signifie impossibilité absolue, partant nullité radicale de l'acte accompli. Il ajoute alors : « Ex quo illud assumitur in casu nostrae consuetudinis, quod contractus factus ab uxore sine consensu viri, est nullus ipso jure, nec opus est ut aliter annulletur. » Ainsi le contrat doit être, dit-il, *nullus ipso jure*. Nous traduisons par « nullité absolue ».

(2) Glose 4, n^o 12. « An mulier quæ contrahit sine auctoritate viri, obligetur naturaliter?... Disponere quod non possit contrahere, nihil aliud est, quam auferre facultatem contrahendi. Et quando auferitur facultas contrahendi, impeditur naturalis obligatio..»

nullum ob favorem alicujus, potest ille approbare (1). Il invoque la situation faite au mineur à Rome, qui, dit-il, s'il ne peut empirer sa condition, peut en revanche la rendre meilleure. Et il en doit être de même de la femme mariée (2). Telle est la théorie de Tiraqueau, très embrouillée, éparse dans des textes diffus et surchargés d'allusions aux auteurs romains ; mais son influence fut néanmoins énorme et, c'est chez lui que Dumoulin vient puiser ses arguments en renvoyant aux *Leges connubiales*. Dumoulin, en effet, précise en peu de mots ce nouveau système encore exprimé en termes trop vagues et enfermé en de trop longues dissertations chez ses prédécesseurs. Il formule son opinion d'abord sur l'article 114 de l'ancienne coutume de Paris, dans ses *Notae solaemnes* : « Et n'en est tenue, dit-il, encore après le décès de son mary, sinon en tant que le cas tomberait en délit, et si on en a jugé autrement, c'est un abus. » Ensuite, sur l'article 225 de la coutume de Poitou, il dit en renvoyant à Tiraqueau : « *Etiam postquam erit vidua, nec in praejudicium heredum suorum ut etiam super hac re in novissima consuetudine docte lateque scripsit And Tiraqueau.* » *Nec in praejudicium*

(1) Tiraqueau, Glose 8, n° 91. — Au n° 86, il dit : « Nam solennitates introductae in favorem mulierum, minorum, ecclesiarum et aliorum, de quibus supra locuti sumus, non debent illis damnum adferre. »

(2) Glose 8, n° 91 «.... An possit mulier cogere eum qui cum ea contraxit, observare contractum ? Et videtur quod sic per id quod in simili dicitur ubi minor potest approbare contractum venditionis alias nullum.... »

suorum heredum, c'est dire que non plus seulement la femme, mais aussi ses héritiers, ont l'action en nullité.

Ainsi, l'épouse qui a contracté sans l'autorisation du mari et qui, dans le droit de Beaumanoir et Coquille, restait tenue de son obligation après le décès du mari, est au contraire complètement à l'abri de toute action dans la doctrine de Dumoulin. « Et n'en est tenue encore après le décès de son mary » dit-il sous la coutume de Paris ; *Etiam postquam erit vidua*, répète-t-il, sous la coutume de Poitou.

Cette doctrine eut un grand succès au XVI^e siècle. L'autorité d'auteurs, comme Tiraqueau et Dumoulin, lui valut sa fortune. C'était l'époque de la révision des coutumes que surveillait le président de Thou, partisan de ce système. Aussi plusieurs d'entre elles abandonnent la tradition de l'ancien droit, pour accorder une action en nullité à la femme comme au mari. C'est d'abord la coutume de Paris qui reproduit sensiblement les termes mêmes de Dumoulin dans son article 223 : « Et si elle fait aucun contrat sans l'autorité et consentement de son dit mari, tel contrat est nul tant pour le regard d'elle que de son dit mari, et n'en peut être poursuivie ni ses héritiers après le décès de son dit mari. » C'est encore par exemple celles de Montfort l'Amaury, d'Etampes, où dans les articles 131 pour l'une, et 92 pour l'autre, ont été ajoutés les mots : « au préjudice d'elle ou de son mary. » De même encore, celle de Poitou (art. 225), celle d'Auxerre (art. 207), celle de Sens (art. 111).

Désormais donc, la ratification du mari ne validera

pas complètement l'acte accompli sans autorisation : cette approbation postérieure n'opèrera pas contre la femme qui possède ainsi un droit distinct de celui de son mari. Et c'est ce que dit Laurière en note sous l'article 223 de la coutume de Paris : « Le mari, dit-il, ne peut ratifier utilement l'obligation de la femme et de nulle la rendre bonne, que contre lui.... et non pour la rendre débitrice malgré elle, lorsqu'il est de son intérêt de ne pas l'être. »

Ce système est encore au XVII^e siècle celui de quelques jurisconsultes, tels que Lebrun et Bourjon, bien qu'à cette époque une autre doctrine ait fini par l'emporter. Lebrun, comme Dumoulin, accorde l'action en nullité à la femme comme au mari, mais à eux seuls. « C'est un privilège, ajoute-t-il, qui n'est en faveur de la femme et du mari. » Et avec cet engouement de tous nos anciens juristes pour le droit romain, il établit une comparaison entre la situation de l'épouse et celle du pupille : « à l'exemple, conclut-il, de ce qui est dit dans le Droit, que la vente faite par un pupille sans le consentement de son tuteur, subsiste d'un côté, l'acheteur étant obligé envers le pupille (1). »

Au reste, Lebrun qui, comme beaucoup d'autres auteurs, mélange un peu les conceptions de différentes théories, n'est pas très logique dans ses déductions. C'est ainsi qu'il admet que l'autorisation postérieure du

(1) Lebrun, L. II, ch. I, sect. V, n^o 3.

mari, c'est-à-dire sa ratification de l'acte accompli, le valide complètement, même par conséquent à l'égard de la femme. Et d'autre part, après avoir posé en principe que la femme non autorisée ne s'oblige même pas naturellement, il conclut que la seule ratification de son engagement faite au temps de son veuvage, ne le valide pas vis-à-vis des tiers, à moins que cette ratification ne constitue un nouvel engagement (1). Et il y a ainsi, chez Lebrun, nous semble-t-il, toute une série de solutions qui, non seulement ne s'enchaînent pas bien, mais encore se contredisent. Ces contradictions sont d'ailleurs en partie relevées par Bourjon. Cet auteur, bien qu'il parle plusieurs fois de nullité absolue, radicale de l'obligation de la femme, ne vise cependant que la nullité édictée au profit de chacun des époux et que nous appelons, nous, relative. Il décide en effet d'abord que la femme pourra, si elle le veut, exiger l'exécution du contrat intervenu, alors que le tiers au contraire, n'a point le droit d'y obliger la femme toujours libre d'opposer la nullité (2) ; et ensuite, critiquant précisément Lebrun, il ne croit pas que l'autorisation postérieure du mari ou sa ratification puisse lier la femme et ses héritiers « car,

(1) Lebrun, sect. V, nos 4 et 13.

(2) Bourjon, t. I, IV^e partie, ch. III, sect. III, § VIII : « Nonobstant l'incapacité ci-dessus, la femme en puissance de mari, peut faire sa condition meilleure sans autorisation, d'où il s'ensuit que quoique le contrat qu'elle a passé ne soit pas obligatoire de sa part, il subsiste en sa faveur, cela est aussi juridique qu'équitable, celui qui a contracté avec elle ne pouvant être présumé avoir ignoré sa qualité. »

autrement, ajoute-t-il, très rationnellement, le fait du mari détruirait au préjudice de l'épouse un droit qui lui était acquis (1). » Au contraire, et là encore, il est plus logique que Lebrun, la femme, devenue veuve, peut, selon lui, ratifier même tacitement, son obligation qui devient alors pleinement valable et inattaquable par elle ou ses descendants (2).

Cette conception qui permettait à chacun des époux, et à eux seuls, d'opposer le défaut d'autorisation ne prévalut pas. Déjà Tiraqueau, disciple cependant de cette doctrine, avait donné des armes contre elle, dont ne manquera pas de se servir Bouhier. On se rappelle qu'après avoir d'abord posé le principe d'une nullité absolue en invoquant les termes impératifs des mots « ne peut » et le bon ordre social, il se contredit brusquement pour n'accorder l'action qu'à la femme et au mari, sous prétexte que les mesures introduites en faveur d'une personne, ne doivent jamais lui tourner à préjudice. Le président Bouhier, soulignant cette contradiction, ne fera que rendre l'unité à la théorie de Tiraqueau, en même temps que l'idée de nullité absolue sera tout à fait en harmonie avec les motifs d'ordre public qu'il a donnés comme fondement à l'autorisation maritale. S'il était vrai, en effet, que cette exigence des coutumes à l'endroit de la femme était fondée, selon les expressions de Bouhier, « sur l'un des plus importants

(1) Bourjon, sect. VI, § 35 et 36.

(2) Bourjon, sect. VI, § 34.

intérêts de la société » et qu'on devrait mettre l'acte souscrit sans autorisation « au nombre de ceux qui bles-
sent les bonnes mœurs et l'honnêteté publique », il devait
très naturellement s'ensuivre la nullité absolue et radi-
cale de cet acte (1). Qu'importait que le contrat passé
ait été favorable ou non aux intérêts de la femme, il
devait toujours être rigoureusement nul ; le droit d'en
demander l'exécution devait lui être invariablement
refusé, et le tiers pouvait toujours lui opposer le défaut
d'autorisation. Il y avait là une conséquence forcée
d'un principe admis comme base de l'institution. Sur
ce point, Renusson a bien exprimé cette solution ri-
goureuse, mais imposée par la conception même de la
puissance du mari. «..... que par tous ces moyens,
décide-t-il, il y a nécessité de dire qu'il y a nullité dans
tous les actes que la femme passe sans être autorisée de
son mari, même dans ceux qui sont avantageux à la
femme ; ils sont nuls, ils ne sont point obligatoires ; la
nullité en peut être opposée à la femme par ceux qui
ont contracté avec elle ; qu'il ne faut pas en cela consi-
dérer l'avantage de la femme, mais le droit public qui a
établi la puissance maritale, et qui veut que la femme
ne puisse passer aucun contrat sans l'autorité et con-
sentement de son mari (2). » Dès lors aucune ratification,

(1) Bouhier, ch. XIX, page 341.

(2) Renusson, 1^{re} partie, ch. VII, n° 28. Il interprète comme une
nullité absolue la disposition de l'article 223 de la coutume de Paris,
tant cette conception d'une nullité absolue est devenue le droit com-
mun de cette époque, et tant les esprits sont portés à la lire
partout.

même si elle émane des deux époux, ne validera l'obligation contractée ; la nullité étant absolue n'aura pas été couverte, ou plutôt, comme le dit Pothier, cette ratification des parties ne pourra valoir que comme un nouveau contrat dont l'effet remontera seulement au jour où elle est intervenue.

C'est aussi l'opinion de Dunod, de Lamoignon, de Pothier (1). Elle est la doctrine dominante au XVIII^e siècle, elle l'emporte définitivement (2). Elle est consacrée par l'ordonnance de 1731 dont l'article 9 dispose que « les femmes mariées, même celles qui ne seront communes en biens ou qui auront été séparées par arrêt, ne pourront accepter aucune donation entre vifs sans être autorisées par leur mari, ou par justice à son refus ». Et cependant la donation est un contrat avantageux pour la femme, et que validait la doctrine de Dumoulin, de Tiraqueau et Lebrun.

(1) Lamoignon, tit. 32, art. 79 ; Pothier, sect. V. Cet auteur ne fondant point l'autorisation maritale sur des dispositions de nécessité publique, mais seulement sur l'idée de puissance maritale, eût été, semble-t-il alors, plus rationnel en n'accordant qu'au mari dont la puissance a été méconnue, le droit d'opposer le défaut d'autorisation.

(2) L'obligation reste donc toujours absolument nulle et dénuée de tout effet. Mais cela n'empêche pas que nul ne devant s'enrichir aux dépens d'autrui, le droit commun s'appliquera pour obliger la femme à restitution quand le contrat a reçu une exécution partielle et qu'elle s'est enrichie. Si, par exemple, elle a emprunté de l'argent sans autorisation, elle n'est point tenue de restituer les deniers sur l'action du contrat de prêt, mais elle est tenue à remboursement dans la mesure où ils lui ont profité. C'est le droit commun de tous points.

De ces trois doctrines, nullité opposable uniquement par le mari dans l'une, par le mari et la femme seuls dans la seconde, par tous les intéressés dans l'autre, laquelle était juridiquement la meilleure ? Toutes trois partent d'une conception différente sur le fondement de l'autorisation maritale, et ne sont chacune que la conséquence logique de chacune de ces théories. Nous avons déjà combattu l'opinion de ceux qui, invoquant une prétendue pénurie d'esprit inhérente au sexe féminin, ont fait de la femme mariée une véritable incapable, et de l'autorisation maritale une assistance analogue de tous points à l'*auctoritas tutoris*. Non seulement nous prétendons que le rôle du juriste n'est pas de peser et de comparer la plus ou moins grande capacité intellectuelle des représentants des deux sexes qu'il doit présumer égale, mais encore on trouve forcément bizarre et irrationnelle une théorie qui, reconnaissant pleine capacité à la fille ou à la veuve, ne met en tutelle que la femme mariée. Ou bien alors, il faudrait déclarer, comme à Rome, que toutes les femmes sont en tutelle perpétuelle quelle que soit leur condition sociale. Non, le juriste et le législateur doivent se borner, dans le règlement des relations conjugales, à établir l'unité de direction domestique qui nous semble bien être la condition nécessaire de l'harmonie du ménage. Or il est évident que pour ce rôle de direction, de chef, l'homme est par son éducation intellectuelle plus complète, mieux préparé que sa compagne. Et c'est pour cela que le vieux sys-

tème de Beaumanoir apparaît certainement, quant à son fondement tout au moins, plus juridique et aussi plus raisonnable. D'autre part, il paraît puéril de soutenir que l'autorisation maritale est une nécessité de l'ordre public, et que la morale et toute la société souffriraient de la liberté reconnue aux femmes mariées d'agir sans leurs maris. L'obligation pour l'épouse de soumettre ses actes à son mari, ne peut évidemment intéresser que le milieu domestique, mais non pas tout notre milieu social à l'égal d'une grave infraction à la police des Etats civilisés et aux bonnes mœurs. Par conséquent, il est nécessaire de limiter autant que possible les effets pouvant résulter du défaut d'autorisation, c'est-à-dire de permettre la ratification expresse ou tacite de l'acte vicié, l'extinction de l'action en nullité au bout d'un délai relativement assez court, mais de ne pas décréter d'une nullité absolue, donc invocable par tout le monde et toujours, cet acte qui n'a porté atteinte qu'à l'autorité du mari. Au reste, que de perturbations dans les affaires : longtemps parfois après la mort des époux qui ont cependant manifesté l'intention de ratifier, leurs héritiers ou ceux du tiers partie à l'acte pourront encore l'attaquer. Le principe de la nullité relative basé sur cette conception que l'autorisation maritale n'est exigée que dans l'intérêt du mari et la prospérité du patrimoine commun, nous semble certainement préférable, à tous les points de vue, soit théorique, soit pratique, à celui d'une nullité radicale.

CHAPITRE IV

LE CODE CIVIL. — IDÉES GÉNÉRALES.

SECTION I. — Les travaux préparatoires.

Ainsi, à la veille de la Révolution, l'autorisation maritale, bien loin de n'être qu'une règle de subordination entre époux, était devenue une loi nécessaire de morale et de bonnes mœurs. La femme, dédaignée par les Canonistes, avait été proclamée inférieure en intelligence à l'homme ; sa dépendance n'était plus seulement une juste conséquence du régime de communauté et de son état d'épouse associée, elle était devenue une disposition qui puisait son principe dans la faiblesse reconnue à tout le sexe féminin et le mépris qu'on lui témoignait. L'autorisation maritale soumise à toutes les règles formalistes de l'*auctoritas tutoris*, consacrait un état flagrant d'infériorité de l'un des sexes par rapport à l'autre. Le penseur qui, au XIII^e siècle, en considérant alors l'état de la femme pleinement capable et associée au mari, lui eût prédit « un avenir prochain d'égalité » (1) se serait singulièrement trompé. La Révolution, éprise de cet idéal égalitaire entre tous les hommes, qu'elle

(1) Viollet, *Histoire du droit*.

a innové dans son œuvre politique, devait, semble-t-il, l'inscrire aussi dans les lois qui régissaient les rapports juridiques entre les deux sexes. Il semblait que son désir d'aplanir toutes les situations, de raser toute autorité, de renverser tout ce qui subsistait de la tradition et de l'ancien régime, allait l'emporter à supprimer la suprématie reconnue au sexe masculin, et à effacer le pouvoir du mari sur l'épouse. Ces aspirations à une universelle égalité, si elles ne parvinrent point finalement à fixer dans une œuvre législative un parfait équilibre d'attributions entre époux, eurent néanmoins des échos dans les projets de lois qui précéderent le Code civil. Sur les quatre projets qui furent déposés, les deux premiers en effet se ressentent très nettement de ce souffle de réaction violente contre le droit des coutumes, et représentent le triomphe des revendications féministes chez les jurisconsultes de cette époque.

Le premier projet, du 9 août 1793, supprime purement et simplement l'autorité maritale. Le désir ardent d'atteindre en tout et partout un nouvel idéal avait emporté les rédacteurs de ce projet vers une conception plus neuve et plus intime du régime de communauté : association complète du mari et de la femme et de leurs biens, égalité de droits, administration commune, tels sont les traits essentiels qui résument le système proposé à l'approbation du Corps législatif. La femme n'est plus astreinte à la nécessité d'une autori-

sation pour l'accomplissement de chaque acte juridique : le mari n'a pas un droit supérieur à celui de sa femme, tous deux sont égaux, ils agissent ensemble pour les actes les plus graves et le mari ne peut même plus aliéner ses propres sans l'assentiment de son épouse (1). Donc concours nécessaire dès qu'il s'agit d'engager un patrimoine quelconque, et droit égal reconnu à chacun pour l'administration des biens de la communauté. Il y a là, plus qu'un retour à la tradition de Beaumanoir, où la femme, grâce à son douaire, pouvait s'opposer aux actes de disposition des immeubles du mari, mais restait néanmoins soumise pour ses propres à l'autorisation maritale. Et Cambacérès, dans son rapport sur ce projet, soulignait en ces termes emphatiques qui lui sont familiers, le but que l'on se proposait d'atteindre : « La loi fixera, dit-il, des règles simples dérivant de la nature même du mariage, elle consacrera la communauté de biens comme le mode le plus conforme à cette union intime, à cette suite d'intérêts, fondement inaltérable du bonheur des familles. Les mêmes motifs nous ont fait adopter l'usage de l'administration commune. Cette innovation éprouvera peut-être quelques critiques :

(1) Tit. III, art. 11 : « Les époux ont et exercent un droit égal pour l'administration de leurs biens.

Art. 12 : « Tout acte emportant vente, engagement, obligation ou hypothèque sur les biens de l'un ou de l'autre, n'est valable s'il n'est consenti par l'un et l'autre des époux.

Art. 13 : « Les actes ayant pour objet de conserver les droits communs ou individuels des époux peuvent être faits séparément par chacun d'eux. »

elles auront leur réponse dans ce principe d'égalité qui doit régler tous les actes de notre organisation sociale, et dans notre intention d'empêcher ces engagements indiscrets qui ruinaient souvent la fortune des deux époux, amenaient la division intestine, les chagrins et la misère (1). »

Le deuxième projet (23 fructidor an II) est moins ample de détails sur la matière du mariage et des droits des époux. Là aussi l'autorité maritale est effacée : mais au lieu de plusieurs articles sur ce point comme dans le premier projet, il n'y a ici qu'un article unique établissant également une administration commune (2). Cambacérès, dans son rapport s'écriait gravement : « Loin de nous ces termes de plein pouvoir, d'autorité absolue, formule de tyran, système ambitieux que la nature indignée repousse, qui n'a que trop déshonoré la tutelle paternelle en changeant la protection en domination, les devoirs en droits et l'amour en empire (3)... »

Ainsi, sous la violence généreuse des tendances révolutionnaires, la famille elle-même était touchée dans les droits du mari comme on la touchait aussi dans les droits du père. Mais il n'y avait là que de belles paroles,

(1) Fenet, t. I, p. 4.

(2) Titre VI, art. 44 : « Il y a communauté de biens entre époux et droit égal à leur administration s'il n'en a été convenu autrement. » « S'il n'en a été autrement convenu », c'est donc qu'il est permis de stipuler tel régime de biens qui plaît aux époux et de rétablir la suprématie du mari.

(3) Fenet, t. I, p. 102.

un noble élan vers l'idéal fascinant d'une complète égalité. Supprimer d'un trait toute autorité du mari, donner à chaque époux un droit identique sur tous les biens, c'était vouloir faire de la communauté conjugale l'association la plus intime qui pût exister, tout en établissant la parfaite égalité des sexes devant la loi civile. Mais c'était peut-être aussi aller vers le rêve et l'irréalisable, car chasser toute autorité et toute unité de direction au sein des ménages, c'était y introduire l'anarchie avec son cortège de ruines morales et matérielles. C'est d'ailleurs ce que comprirent les rédacteurs des deux projets suivants, moins hardis, et qui se rapprochent de la législation coutumière.

Le troisième projet en effet (messidor an IV) revient à un moyen terme et à l'ancien droit en rétablissant l'autorisation maritale sous le régime de communauté. Plus d'administration commune ; le mari gère seul les biens de la communauté et ceux de sa femme ; celle-ci d'autre part, ne peut ni s'obliger, ni ester en justice pour l'exercice de ses droits immobiliers, sans l'autorisation de son mari. C'est le juge de paix qui autorisera si le mari s'y refuse. Mais si les époux ont stipulé un régime sans communauté, la femme obtient alors une pleine indépendance allant jusqu'à la possibilité d'aliéner même ses immeubles sans le consentement du mari (1). Dans son rapport sur ce projet, Cambacérés reconnais-

(1) Art. 293, 295, 296, 298 du titre VI. — art. 290.

sait la témérité des projets antérieurs révolutionnant tout le système ancien de l'administration des patrimoines et de l'autorisation maritale. « Dans le premier projet du Code, disait Cambacérés, on avait adopté l'usage de l'administration commune. Cette innovation a éprouvé de justes critiques. Et quoique l'égalité doive servir de régulateur dans les actes de l'organisation sociale, ce n'est pas s'en écarter que de maintenir l'ordre naturel, et de prévenir ainsi des débats qui détruiraient les charmes de la vie domestique. Remarquez, en effet, que l'administration commune serait perpétuellement entravée, et que la diversité d'opinions sur les plus petits détails, opérerait bientôt la dissolution du mariage (1). »

A si peu d'intervalle de dates entre ces divers projets quelle différence de langage dans la bouche du même jurisconsulte !

Le quatrième projet enfin retourne à la tradition de Dumoulin et Lebrun ; il est devenu le système du Code civil, soit quant aux cas où cette autorisation maritale est nécessaire, soit quant à ceux où le juge peut intervenir, ou quant à la sanction du défaut de consentement. De plus, l'autorisation devient exigée non plus seulement sous le régime de communauté comme dans le troisième projet, mais encore, dit l'article 58, pour la femme non commune ou séparée de biens.

(1) Fenet, t. I, p. 156.

Telle est l'œuvre de la législation révolutionnaire. Son esprit d'initiative et novateur qui s'était trop violemment accusé dans les premiers projets, n'a pu aboutir à fonder un système neuf répondant aux idées et aux tendances politiques de l'époque. Et, finalement, le Code civil ne devait que consacrer et mêler les différentes solutions du droit coutumier.

SECTION II. — Le Code civil.

§ 1. — Conception générale.

Nous n'avons pas l'intention d'approfondir les détails de l'autorisation maritale dans le Code civil, car cette étude complète sortirait de notre cadre. Nous voudrions seulement essayer de démêler le système général auquel les rédacteurs du Code se sont arrêtés, et sur quel principe ils ont fondé toutes leurs solutions.

C'est dans les articles 215 à 226 qu'est contenu le système du Code. D'après ces articles, la femme mariée, pleinement capable comme dans l'ancien droit avant son mariage, est frappée désormais d'incapacité pour tous les actes judiciaires et extra-judiciaires, et ne peut les accomplir qu'autorisée de son mari, ou de la justice au refus de ce dernier. De plus l'autorisation supplétive du juge y tient une large place et devient même nécessaire au cas de minorité du mari. Enfin, le défaut d'autorisation donne lieu à une nullité relative invocable

seulement par chacun des époux. Tels sont les traits essentiels des solutions admises et c'est d'elles qu'il nous faut tirer la pensée directrice qui a dû les inspirer.

Est-ce, comme chez Chassaneus ou Dumoulin, le désir de protéger la femme, qui a servi de plan et de cadre aux rédacteurs du Code ; ou bien, ont-ils eu seulement en vue l'intérêt du mari en même temps que celui du ménage, et la nécessité de proposer un chef à la gestion des patrimoines ? Se sont-ils simplement appuyés sur l'idée de Beaumanoir où l'autorisation est une règle de dépendance d'un associé second vis-à-vis d'un associé gérant ; ou bien ont-ils accepté le point de départ de certains Romanistes sur la faiblesse des femmes, et voulu créer une véritable tutelle ? C'est un point sur lequel on a beaucoup discuté et qui reste obscur tant les différentes solutions du Code se contredisent.

Ce qui est d'abord certain, c'est que le Code ne fonde point, comme Bouhier et Dunod, l'autorisation maritale sur des motifs de bienséance et d'honnêteté publique. Les travaux préparatoires ne font aucune mention de semblables considérations, et l'article 225, qui refuse aux tiers l'action en nullité, démontre évidemment que l'on n'a point envisagé ces raisons de morale et d'ordre public. Ce qui est également certain, c'est que l'idée de la dépendance de l'épouse et de la suprématie maritale, nécessaire à la bonne direction de la société conjugale, n'a point seule servi de base au système établi, car alors

il serait impossible d'expliquer le maintien de l'autorisation supplétive du juge dans les cas où le mari ne peut plus remplir ses fonctions de chef et gérant. Et d'autre part, si l'idée de la faiblesse des femmes, de leur défaut d'éducation intellectuelle, explique bien le rôle supplétif du juge et l'attribution à l'épouse comme au mari de l'action en nullité, elle ne cadre plus du tout avec d'autres dispositions du Code. D'abord, si la femme est, par la légèreté et l'imprudence qui seraient les attributs de son sexe, incapable de mener à bien un acte juridique, on ne comprend point qu'elle ne soit pas également en tutelle quand elle est fille ou quand elle est veuve. Le mariage diminuerait-il donc les facultés intellectuelles de la jeune fille ! De plus, cette femme, qui, au cas d'absence ou de minorité du mari, ne peut accomplir aucun acte sans l'intervention de la justice chargée alors non plus d'affirmer un principe de puissance, mais de l'éclairer et de l'aider, va parfois se trouver investie de fonctions peu en harmonie avec cette conception d'une infériorité sexuelle. Ainsi, l'article 390 déclare la mère survivante, tutrice de ses enfants ; elle obtient par conséquent la surveillance et l'éducation de leurs personnes, en même temps que l'administration de leurs biens. L'article 141 lui confie ces mêmes droits au cas d'absence du mari. Enfin, et surtout, l'article 507 permet à la femme d'être nommée tutrice de son mari interdit. Ainsi, incapable dans ce dernier cas en tant qu'épouse, elle recouvre toute capacité en tant que tu-

trice. Présumée faible et inexpérimentée parce qu'elle est femme, ces vices de son sexe disparaissent quand elle gère une tutelle. Impossibilité pour elle d'administrer jamais les biens communs ou les siens propres si elle invoque son titre d'épouse associée, et on lui laisse en outre gérer les propres du mari si elle peut opposer l'article 507 et ses droits de tutrice. Tout cela n'est guère concordant. Il y a une contradiction flagrante entre toutes ces dispositions, qui démontre que, pour établir l'autorisation maritale, le Code n'a point seulement pris en considération cette « *fragilitas sexus* » tant rebattue par les romanistes du XVI^e siècle.

Certains auteurs ont cependant essayé de justifier les solutions du Code et de les ramener à une conception, à un système. Pour eux, l'incapacité de la femme mariée est une conséquence de la puissance maritale, et cette puissance compte au nombre de ses devoirs, celui de veiller à la prospérité des intérêts communs, à la garde de tous les droits se rattachant à l'union conjugale. Ainsi l'autorisation maritale n'est pas requise dans le seul intérêt du mari comme au temps de Beaumanoir, disent-ils, mais aussi et surtout en faveur de cette troisième personne qu'est la collectivité de tous les intérêts matrimoniaux et dont le mari est le représentant. Ils expliquent alors l'article 225 accordant l'action en nullité à la femme comme au mari, en disant que celle-ci ne puise pas son droit dans une protection individuelle qui lui est due et dont elle aurait manqué, mais dans son titre d'associée

et de membre de cette collectivité. C'est très ingénieusement chercher à démêler toutes les contradictions du Code civil, et à ramener ses dispositions diverses à un système unique (1).

Cependant, il nous semble que non seulement les rédacteurs du Code, n'ont pas dû songer à cette conception de l'autorisation maritale, mais de plus on ne voit pas trop pourquoi la femme même dans cette théorie pourrait invoquer la nullité de l'article 223.

En effet, le mari étant, dit-on, le seul représentant de ce groupe d'intérêts collectifs qui découlent du mariage et en faveur desquels l'autorisation est requise, il devrait alors avoir aussi seul qualité pour agir, comme dans une société le gérant ou administrateur est le seul qui soit capable de porter la parole au nom des associés.

(1) C'est la théorie, par exemple, de MM. Aubry et Rau, t. V, p. 138, et encore de Demolombe, t. IV, p. 137. L'incapacité de la femme, dit Demolombe, ne procède que du double droit qui appartient au mari : 1° de diriger sa personne ; 2° de veiller dans l'intérêt commun de la famille à la conservation des biens. Et alors, pour justifier l'art. 223, il dit que les intérêts matrimoniaux que la loi veut protéger sont aussi ceux de la femme. Pour M. Baudry-Lacantinerie, la raison de l'incapacité est que la femme mariée, « absorbée qu'elle est par les mille soins du ménage, est en réalité moins apte aux affaires que la fille ou la veuve. D'ailleurs tous les actes juridiques qu'elle accomplira rejailliront sur le mari, sur les enfants ; ses intérêts sont donc aussi ceux de la famille fondée par le mariage et dont le mari est le chef. » C'est donc encore ici cette idée, que l'autorisation est fondée sur la nécessité de protéger non pas la femme, mais les intérêts matrimoniaux que le mari a charge de représenter. Voir aussi Laurent, t. III, p. 128.

Nous croyons au contraire que le système du Code ne peut guère se comprendre que par l'évolution historique de l'autorisation maritale. Le Code s'est trouvé en présence de deux traditions qui étaient sorties de principes très différents et très opposés, mais qui dans la confusion de l'esprit coutumier avec le droit romain renaissant et parfois mal compris, se sont, nous l'avons vu, constamment pénétrées l'une l'autre, jusqu'à perdre tout à fait leur caractère original, et à oublier l'idée essentielle qui avait été primitivement à chacune leur source et leur base. Le Code civil a puisé dans les deux traditions ; il a accepté et mêlé, comme l'avait déjà fait Lebrun, des dispositions de chacune d'elles : il a ainsi formé un système qui satisfait la raison et l'équité, mais qui ne peut avoir la prétention de se recommander d'une théorie unique et de principes primordiaux concordants. Comme l'a fort bien exprimé M. Beudant (1), « le principe, dit-il, qui a dicté et qui domine les règles du Code sur ce point, échappe à l'analyse... le droit moderne contient des dispositions sans unité, parfois contradictoires, c'est une législation sans système ».

Au reste, les travaux préparatoires et les discours prononcés lors des discussions qui s'élevèrent sur ce chapitre du Code, prouvent bien que dans l'esprit des rédacteurs, il n'y avait aucune théorie unique bien nette, mais plutôt la confusion, déjà faite par leurs prédéces-

(1) Beudant, t. I, p. 479.

seurs, de deux théories distinctes : d'une part, l'idée d'une puissance domestique indispensable, d'autre part l'idée de protection de la femme. Dans le discours préliminaire sur le projet de la commission, la première idée seule semble être invoquée, et la nécessité pratique d'une direction à la société conjugale seule prise en considération. « L'autorité maritale, est-il dit, est fondée sur la nécessité de donner dans une société de deux individus, la voix pondérative à l'un des associés, et sur la prééminence du sexe auquel cet avantage est attribué (1). » Mais cet unique point de vue qui avait légitimé chez nos anciens auteurs coutumiers la suprématie civile de l'homme, fut perdu, ou plutôt l'autre conception vint s'y ajouter. Les jurisconsultes de cette époque ne pouvaient pas oublier la tradition du XVI^e siècle, où la femme était considérée comme incapable à cause de son sexe, et l'autorisation assimilée à une tutelle. Ainsi Portalis, dans son exposé des motifs au Corps législatif, s'écriait à propos de l'autorité maritale : « La femme a besoin de protection parce qu'elle est plus faible... cette prééminence de l'homme est la source du pouvoir de protection que le projet de loi reconnaît dans le mari... » (2). Un peu plus loin, c'est l'autre principe, celui qui seul aurait dû être invoqué, qui apparaît aussi. « L'obéissance de la femme, dit-il, est une suite nécessaire de la société conjugale qui ne pourrait subsister si

(1) Fenet, t. I, p. 486.

(2) Fenet, t. IX, p. 178.

l'un des époux n'était subordonné à l'autre. » De même Gillet au Tribunat songe à la *fragilitas sexus* : « Comment, en effet, dit-il, cette protection que le mari doit à son épouse serait-elle entière et efficace s'il ne pouvait empêcher sa femme de perdre sa fortune par des dispositions imprudentes (1). » Seulement, ni Portalis, ni Gillet, ne nous disent pourquoi la femme mariée a davantage besoin de protection que la fille ou la veuve ; ils ont accepté la tradition et la solution coutumière, sans qu'ils semblent s'être interrogés sur la valeur d'une telle affirmation.

Et la jurisprudence elle aussi a souvent vu dans l'autorisation maritale l'idée d'une tutelle protectrice de l'épouse, vestige des théories des romanistes, à côté de celle de la suprématie masculine nécessaire à l'harmonie du ménage. Dans un arrêt de la Cour de Caen ces deux idées sont bien mises en évidence : « Considérant que l'autorisation du mari est exigée non seulement comme un hommage à la puissance maritale, mais encore comme un acte de tutelle et de protection de la part du mari en faveur de la femme, qu'il faut donc pour que le but de la loi soit rempli, que cette autorisation soit donnée en pleine connaissance de cause, c'est-à-dire, en vue d'un acte déterminé par la convenance, et sur l'opportunité et les principales conditions duquel le mari puisse éclairer sa femme..... (2). »

(1) Fenet, t. IX, p. 194.

(2) Sirey, 1831, II, p. 428.

Ainsi, cette conception de l'infériorité intellectuelle du sexe féminin n'a point été étrangère à la confection du Code civil, conception qui, illogique et contradictoire dans les diverses applications qui en ont été faites à l'autorisation maritale, ne cadre d'ailleurs plus du tout avec nos idées modernes. Le fondement de l'incapacité de l'épouse ainsi précisé, il faut voir maintenant de plus près le système général du Code sur cette matière.

§ 2. — Cas d'application.

D'abord, l'autorisation maritale est devenue une institution commune à tous les régimes matrimoniaux, et l'article 1388 défend aux époux de déroger dans leurs conventions de mariage aux droits du mari sur la personne de la femme. Le régime dotal lui-même, sous lequel, dans l'ancien droit, la femme jouissait en pleine indépendance de ses paraphernaux, ne l'exempte plus désormais de la soumission obligatoire de ses actes à son mari. L'article 217 dit en effet « la femme même non commune ou séparée de biens ne peut donner, aliéner..... sans le concours du mari ». Ce sont là les termes les plus généraux et qui embrassent toutes les situations possibles de l'épouse. Dans l'ancien droit, au contraire, l'autorisation maritale née avec la communauté, et considérée comme une loi intérieure du ménage n'existait que sous ce régime. On se souvient cependant qu'au XVI^e siècle, sous l'influence d'idées nouvelles, on finit

par soumettre la femme même séparée de biens à cette nécessité du consentement marital. Or le Code qui dirigeait l'institution vers un but de protection pour l'épouse, devait, pour rester logique avec ce principe, y soumettre toujours la femme, quel que soit le régime adopté. Du moment qu'elle est faible, elle doit avoir constamment un protecteur à ses côtés, et de plus, il semble bien que la nécessité d'une unité de direction se fasse toujours sentir, en dehors même du régime de communauté. Toutefois, l'ancienne tradition, qui, soutenue encore par Dumoulin, déclarait pleinement capable l'épouse séparée de biens trouva quelques échos lors de la discussion du Code civil (1). On a vu plus haut que cette solution pourrait bien se justifier par de bonnes raisons, ne fût-ce que pour éviter les conflits entre époux, le mari séparé de biens abusant souvent de cette maligne tracasserie qui consiste à refuser systématiquement ou à se faire acheter son autorisation. Et, d'autre part, si l'on donne au concours du mari un caractère de protection pour la femme, il est un peu para-

(1) Dans les observations de la Cour d'appel de Bruxelles (cité, Loaré, t. 3, p. 490) on trouve à ce propos ce passage : « La séparation de biens prononcée en justice étant essentiellement fondée sur l'inconduite ou la mauvaise administration du mari, ne serait-il pas plus simple de rendre à la femme l'exercice de tous les droits qui concernent ses biens, sans recours à l'assistance du mari soit pour ester, soit pour contracter ! On préviendrait ainsi des formalités qui sont souvent des sujets de discussions entre les époux et qui entraînent toujours des frais. »

La Cour de Montpellier présenta la même observation.

doxal de placer à côté de celle-ci, pour l'assister, un tuteur déclaré lui-même inhabile par les tribunaux.

Nécessaire sous tous les régimes, l'autorisation est nécessaire en principe pour tous les actes judiciaires ou extra-judiciaires. A cette règle, les mêmes exceptions déjà signalées dans l'ancien droit, et dans l'analyse desquelles nous ne voulons pas entrer, existent encore. Par exemple, sont exceptés les actes d'administration sous le régime dotal, et celui de séparation de biens, puis les actes que fait la femme commerçante, à part, même dans ce cas, l'instance en justice (art. 215), enfin le testament qu'elle peut toujours écrire librement (1).

Il est un cas spécial que nous avons également envisagé dans l'ancien droit, et où l'on peut se demander si l'autorisation du mari est nécessaire et suffisante : c'est le cas de contrats intervenant entre les deux époux. Le mari, institué par la loi protecteur de sa femme, ne remplira peut-être pas en effet son rôle en toute cons-

(1) On a vu que, dans l'ancien droit, la femme ne pouvait être exécuteur testamentaire qu'avec l'autorisation du mari. L'autorisation de justice, donnant peu de crédit à la femme, ne suffisait pas. L'article 1029 fait une distinction entre les régimes matrimoniaux : l'autorisation du mari est nécessaire quand elle est mariée sous le régime de communauté, et celle de justice suffit quand elle est séparée de biens. Par analogie, nous croyons que la même solution devrait être donnée quand elle est mariée sous le régime dotal que lorsqu'il y a séparation de biens. On décide aussi en général que, pour faire le commerce ou contracter un engagement théâtral, il faut l'autorisation du mari. C'est qu'il y a là des « offices civils » engageant gravement l'avenir et l'honneur de la famille.

science lorsque l'intérêt de la femme sera en balance avec son propre intérêt. Et il semble qu'alors, le mari, devenant l'adversaire de la femme qu'il est en même temps chargé d'éclairer, devrait être remplacé par le juge. Or le Code, qui paraît s'être préoccupé beaucoup de la nécessité de protéger l'épouse, la laisse précisément seule et désarmée quand cette protection lui serait plus particulièrement utile. Il permet au mari de l'autoriser à passer contrat avec lui-même, et cette autorisation suffit sans autre contrôle. De telle sorte que, contrairement à une maxime de droit toujours appliquée « *nemo potest esse auctor in rem suam* » le mari se trouvera pour ainsi dire juge et partie dans sa propre cause. Et cependant, s'il est une circonstance où l'inexpérience et la faiblesse de l'épouse peuvent être dupées, c'est bien quand elle contracte avec celui-là même qui a autorité sur elle et lui fait office de tuteur. Le droit romain défendait à la femme d'intercéder pour son mari, dans la crainte d'une pression de la part de celui-ci, pression dangereuse pour les intérêts de l'épouse et à laquelle elle ne saurait se soustraire. Dumoulin allait jusqu'à interdire les contrats entre époux : et notre Code qui s'est inspiré de l'esprit du droit romain sur la faiblesse des femmes ne lui a point emprunté, sans doute par horreur de ressusciter le sénatus-consulte Velléien, ses mesures de défiance à l'égard des maris. Plus récemment, le nouveau Code italien dans son article 136, a tenu à réparer cette incohérence de notre loi, et il sti-

pule que le contrôle du juge sera nécessaire chaque fois que les époux passent acte l'un avec l'autre. Sans souhaiter dans notre législation actuelle une innovation tout à fait analogue, car l'intervention judiciaire est toujours incommode et souvent peu efficace, il n'en est pas moins vrai que pareille réforme aurait en tous cas le mérite de réparer un grave manque de logique de la part du législateur (1).

§ 3. — Forme.

L'autorisation du mari, nécessaire en principe pour tous les actes juridiques de la femme, doit se produire sous une certaine forme déterminée par la loi. L'article 217 indique deux procédés au choix des maris : soit le « consentement par écrit » où c'est l'autorisation expresse, soit « le concours dans l'acte » où c'est alors l'autorisation tacite.

Et par là, le Code a admis une solution moyenne qui n'est ni celle de nos vieux coutumiers, plus larges et libéraux, ni celle des derniers jurisconsultes, plus subtils et formalistes. Si l'autorisation tacite ne suffit pas

(1) Quelques arrêts de la jurisprudence relèvent ce défaut de la loi. Ainsi un arrêt du 14 février 1810 (Sirey, I, 189) rappelle que la maxime : « Nemo potest esse auctor in rem suam » doit s'appliquer dans ce cas au mari.

Un autre arrêt de Cassation du 13 octobre 1812 semble distinguer entre les actes que la femme passe avec des tiers dans l'intérêt du mari où l'autorisation de ce dernier suffit, et ceux qui interviennent entre les deux époux où l'autorisation devrait émaner du juge.

toujours, comme au temps de Beaumanoir, on ne distingue plus en revanche entre consentement et autorisation, pour attribuer à ce dernier mot une signification toute particulière, et en faire un acte solennel. L'exigence d'un écrit ne soumet pas en effet l'intervention du mari à une forme spéciale et comme sacramentelle, elle n'est plus justifiée que par la nécessité de se procurer une preuve : en un mot, l'écrit ne donne pas une forme à l'acte, il est seulement destiné à prouver le consentement marital, s'il devient contesté. Dès lors, il n'est plus nécessaire d'avoir recours à des formules essentielles et indispensables à la validité de l'acte, comme l'ordonnaient Bouhier et Pothier ; un écrit quelconque, fût-ce une simple lettre, doit être considéré comme satisfaisant au vœu de la loi (1).

Quant à l'autorisation tacite, notre loi paraît bien ne connaître qu'un seul cas où elle soit valable, c'est le cas de concours du mari à l'acte passé par l'épouse. On sait que l'ancien droit était beaucoup plus large, mais il y avait là une conséquence d'une conception plus intime de la société conjugale, où la femme, vraiment associée dès le jour du mariage et non plus seulement associée en espérance, selon la formule de Dumoulin (*non est propria socia sed speratur fore*) participait effectivement dans de nombreuses circonstances à la

(1) Un consentement verbal est donc par lui-même et en théorie complètement valable. Il pourra donc être prouvé par l'aveu ou le serment, mais jamais par témoins.

conduite du ménage. Le Code qui a conçu une association d'intérêts moins complète et moins idéale, n'a point voulu qu'on pût induire d'un fait ou geste quelconque du mari, son autorisation à l'acte de la femme. Il a coupé court à toute contestation possible, en décidant que la femme ne pouvait jamais agir sans le concours du mari à l'acte, ou son consentement par écrit (1).

Cette autorisation maritale doit en outre être spéciale. Ce caractère découle nécessairement du principe de protection autant que du droit de puissance, sur lesquels le Code a fondé la nécessité de ce consentement. Il serait, d'une part, en effet, impossible d'exercer un contrôle sérieux sur les actes de la femme, s'il suffisait, pour remplir le vœu de la loi, de donner une autorisation générale de contracter, habilitant l'épouse à passer tels actes dans telles conditions qu'il lui plaira.

Enfin, d'autre part, on a fait remarquer que c'est pour le mari abdiquer son droit même et sa puissance, que de donner une autorisation générale laissant ainsi à la femme toute liberté, dans un vaste champ d'action à peine limité (2). Seulement les difficultés s'élèvent sou-

(1) Certains auteurs, par exemple, MM. Aubry et Rau, pensent que des faits autres que le concours du mari, et laissés à l'appréciation des tribunaux, peuvent faire présumer son consentement. Mais la jurisprudence paraît bien fixée en sens contraire, sauf peut-être pour la femme commerçante qui fait le commerce au vu et su de son mari.

(2) M. Troplong, dans un rapport à la Cour de cassation, a bien indiqué la raison de cette exigence du Code quant à la spécialité (Sirey, 1840.1.203) «... Eh bien, que deviendrait la protection que la

vent dans la pratique sur le point de savoir si telle autorisation est suffisamment spéciale, et l'on s'accorde pour décider qu'une autorisation distincte doit intervenir à l'occasion de chaque acte particulier, et qu'elle doit en outre bien déterminer l'étendue et l'objet de l'engagement. Il y a toutefois deux exceptions à cette règle : la première pour les actes d'administration, quand en vertu de l'article 223 une autorisation générale a été stipulée dans le contrat de mariage. C'est alors la situation de la femme séparée de biens contractuellement. Mais alors, il est peut-être plus vrai de dire que l'épouse tire son droit d'un régime matrimonial librement adopté par les deux parties, que d'un acte véritable d'autorisation. Donnée pendant le mariage il n'y a pas là non plus, à notre avis, un véritable acte d'autorisation. Le droit d'administrer appartient en vertu du régime de communauté au mari tout seul ; or en autorisant sa femme à passer des baux et toucher ses revenus, il ne fait que la mettre en son lieu et place, il lui délègue son droit, il lui donne un mandat. Il n'y a en effet vraiment autorisation que

femme doit trouver dans la prudence de son époux s'il donnait à l'aventure et téméairement des autorisations pour des affaires non spécifiées, pour un ensemble d'opérations non détaillées, soumises à des éventualités pleines de chances imprévues ? Le mari ferait ici un usage désastreux de sa puissance maritale : au lieu de protéger son époux, il précipiterait sa ruine. Eh bien, c'est ce que la loi n'a ni voulu ni pu vouloir : et voilà pourquoi elle exige une autorisation spéciale pour chaque acte, parce qu'alors seulement l'autorisation est censée donnée en connaissance de cause, et avec la réflexion qu'exige l'exercice d'un pouvoir aussi grave pour les destinées de la femme et de sa famille... »

si elle s'applique à des actes que la femme a seule qualité d'accomplir, mais pour lesquels il lui faut le concours de son mari. La seconde exception à la règle de la spécialité a lieu au cas où la femme fait le commerce. Le mari, en l'habilitant à exercer cette profession, est censé l'avoir autorisée à passer tous les actes les plus graves, à part cependant les actes judiciaires, qui entrent dans l'exercice de cette industrie. C'est une nécessité de la pratique qui a motivé cette dispense d'un consentement spécial pour chaque engagement distinct de la femme commerçante. Le commerce, sans cette exception, serait impossible, en fait, à une femme mariée.

§ 4. — Autorisation de justice.

Cette même idée de protection, qui nécessite et justifie dans le système du Code la spécialité de l'autorisation, légitime aussi l'intervention supplétive du juge. A côté en effet de l'autorisation judiciaire donnée au refus du mari, pour tempérer tout abus tyrannique de la puissance maritale, le Code a donné une très large extension à l'autorisation supplétive. Nous avons vu que née avec la théorie des auteurs, qui asseyaient l'incapacité de l'épouse sur la faiblesse et l'inexpérience de son sexe, cette nouvelle forme du concours des tribunaux à la vie juridique de la femme prit au XVIII^e siècle un grand développement. Le mari tuteur et empêché de remplir ses fonctions se trouvait remplacé dans l'intérêt

même de la femme, par un tuteur second qui était le juge. On se souvient qu'au contraire le très ancien droit, parti d'une tout autre conception de la société conjugale, laissait à l'épouse pleine indépendance et capacité pour tous les actes juridiques possibles, dès que le chef de cette société, par suite d'un empêchement quelconque, ne pouvait agir lui-même. Il y avait là un système plus vrai, plus juste en droit, et en fait, et surtout moins humiliant pour la femme que l'on n'assimilait point à un pupille, mais dont on faisait l'égal de l'homme. Eh bien, le Code civil, qui n'avait pas pleinement accepté comme base de l'autorisation maritale, le même principe que les vieux coutumiers, ne pouvait aussi admettre leurs mêmes déductions. Puisqu'il faisait une part à l'idée de la *fragilitas sexus*, il devait en même temps faire une place à l'autorisation supplétive. Bien mieux, il est même allé en cela plus loin que Pothier ou Lebrun, et il exige l'intervention judiciaire au moins dans un cas, où ces jurisconsultes du dernier siècle l'écartaient, celui de la minorité du mari. D'une façon générale, on peut dire que notre législateur appelle le juge au lieu et place du mari, chaque fois que ce dernier ne peut assister sa femme, si bien qu'en principe, l'épouse ne contracte jamais seule et sans aucun contrôle. Il en est ainsi d'abord au cas d'absence du mari ; et la discussion au Conseil d'État semble bien prouver que ce mot n'est pas seulement pris dans son sens spécial, mais qu'il comprend aussi le mari non présent, et dont l'exis-

tence n'est pas incertaine (1). En second lieu, au cas d'interdiction ; on a déjà mentionné qu'en cette circonstance cependant, la femme pouvait être nommée tutrice du mari interdit, et était alors par une anomalie étrange, capable d'accomplir comme tutrice, ce dont elle était incapable comme épouse. Si le mari est condamné à une peine afflictive et infamante, la femme pour agir devra encore se faire autoriser du juge, mais seulement pendant la durée de la peine, selon les termes de la loi, et bien que cette disposition ne se concilie guère avec la déchéance perpétuelle attachée à la dégradation civile. On doit donner la même solution pour le cas où le mari est pourvu d'un conseil judiciaire, et pour les actes qu'il ne peut passer sans l'assistance de ce conseil. Il paraîtrait étrange en effet, que le mari autorisât son épouse à accomplir un acte qu'il est lui-même incapable de faire seul (2). Enfin l'autorisation supplétive de la justice est nécessaire au cas où le mari est mineur. C'était, d'ailleurs, la solution de Dumoulin, décision assez logique avec le fondement donné à la puissance maritale. Cette solution a été suivie par le Code, et si elle est en soi assurément peu satisfaisante, c'est à sa conception générale de l'autorisation maritale que doit s'adresser la critique, car le législateur en tirant cette der-

(1) Voir Aubry et Rau, t. V, p. 144.

(2) Il conserve son droit d'autoriser les actes qu'il peut accomplir sans l'assistance de son conseil. Mentionnons d'ailleurs un arrêt au moins de jurisprudence, qui permet au mari de toujours autoriser sa femme, pourvu qu'il soit assisté de son conseil (Sirey, 1833.2.562).

nière conséquence de tout son système, n'a fait que rester fidèle au principe faux sur lequel il avait bâti cette quasi-tutelle du mari. Ce n'est pas seulement en effet au cas de minorité que l'autorisation supplétive devrait disparaître, c'est dans toutes les applications que lui a données notre législation.

Combien il serait plus conforme à la donnée du mariage, et aussi plus équitable pour la femme, d'en revenir au vieux système de Beaumanoir. La direction du mariage devrait de plein droit appartenir à l'épouse, chaque fois que le chef naturel de la société conjugale serait dans l'impossibilité de s'acquitter de sa fonction. La femme contracterait en toute liberté, aussitôt que le mari, absent ou interdit, ne pourrait plus exercer son droit de puissance sur ses actes, puissance domestique établie en droit naturel, beaucoup plutôt dans l'intérêt de l'harmonie du ménage, que de la prétendue inexpérience féminine. Et alors, nous n'aurions plus à relever, à propos de la capacité de l'épouse, ces différentes anomalies du Code que nous avons déjà signalées (1).

Au reste, si on admettait l'autorisation supplétive de la justice, il fallait alors tirer de ce principe toutes ses conséquences logiques, et décider que, le juge tenant réellement la place du mari, son intervention produirait aussi les mêmes effets juridiques sur le patrimoine. Au lieu de cela, le Code dispose que les actes de la

(1) Voir par exemple les art. 141, 149, 507, 935.

femme autorisée de justice, n'engageront que la nue propriété de ses propres. Ainsi, non seulement ces créanciers, que certaines nécessités ont pu obliger à contracter avec la femme, sans qu'il dépendît d'eux qu'elle fût autorisée de son mari lui-même, n'auront pas action sur la communauté, mais encore ils devront attendre la fin de l'usufruit marital, pour exécuter les biens de leur débitrice. Les tiers sont ainsi sacrifiés à l'intérêt du mari, toujours sûr de profiter des gains réalisés par son épouse qu'il n'a pas autorisée à agir, et qui en revanche ne risque point de souffrir des pertes résultant de ces mêmes contrats. Et puis, quel crédit trouvera la femme dans de telles conditions ! Il se peut cependant, son mari étant absent ou interdit, qu'elle soit obligée d'accomplir certains actes nécessitant une avance de fonds. Qui voudra les lui prêter, alors que le créancier n'a de recours efficace qu'après la dissolution de la communauté (1). Ces critiques ne sont pas neuves, on sait que déjà dans l'ancien droit, certains jurisconsultes avaient relevé ces inconvénients de la loi. Si les rédacteurs du Code tenaient absolument à maintenir l'autorisation supplétive, ils auraient alors dû décider que la femme ainsi autorisée, pourrait engager au moins la pleine propriété de ses propres. Cette disposition eût d'abord eu le mérite de concorder avec la conception du juge sup-

(1) L'art. 1427 fait exception quand il s'agit de tirer le mari de prison ou d'établir les enfants communs, auxquels cas elle peut engager, autorisée de justice, la communauté elle-même.

pléant et remplaçant le mari, et d'autre part, elle eût donné à l'épouse le crédit qui lui est parfois nécessaire.

§ 5. — Sanction.

L'article 225 édicte que l'action en nullité pour défaut d'autorisation de l'acte accompli, appartient au mari, à la femme et à leurs héritiers. Il établit ainsi, non plus une nullité absolue invocable par tout le monde, comme le voulaient les principaux jurisconsultes des derniers siècles, mais une nullité relative au profit de chacun des époux. C'est la solution déjà préconisée par Dumoulin et Tiraqueau, et qui découlait nécessairement du principe donné comme base à l'autorisation maritale. On a déjà discuté plus haut l'explication de cet article et la raison du maintien de sa disposition dans le Code.

Cette action appartient-elle aussi aux créanciers de l'un ou l'autre des époux ? Tout le monde s'accorde à dire que les créanciers de la femme pourront intenter cette action, à l'exercice de laquelle ils ont un réel intérêt pécuniaire. Mais on ne s'entend plus pour les créanciers du mari. La difficulté provient de ce que très souvent, l'intérêt du mari à demander la nullité sera plutôt moral que pécuniaire, son droit, en un mot, paraissant alors plutôt extra-patrimonial et attaché à sa personne. Néanmoins, il semble bien qu'il n'y ait aucune bonne raison pour leur enlever le bénéfice de l'arti-

de 1166, quand l'action du mari peut trouver sa base et son principe dans son intérêt matériel et non plus seulement moral (1).

On se demande aussi à quel moment cette action doit être exercée. Le mari, évidemment, dont l'autorité a été ainsi méconnue peut agir durant le mariage. La femme peut également intenter cette action avant la dissolution de l'union conjugale, mais elle devra être autorisée de son mari. Enfin elle a droit d'agir pendant dix ans à dater de cette dissolution (art. 1304), son inaction pendant le mariage, ne pouvant la priver de son droit et valider son acte. En est-il de même du mari ? Peut-il encore entamer une instance quand le mariage a pris fin ? Au premier abord, on serait porté à lui dénier ce bénéfice. En effet il a eu tout loisir d'intenter son action pendant le mariage ; aucune disposition légale, aucune gêne de formalités spéciales à remplir ne le forçaient à surseoir ; son silence devrait être considéré comme une ratification tacite après un délai de dix ans, depuis le jour où il a eu connaissance de l'acte. Cependant l'article 1304, est formel et général. Le mari, comme la femme, est libre de n'agir qu'après le mariage, en admettant, bien entendu, qu'il ait encore un intérêt quelconque à attaquer l'acte. Or, dans la plupart des cas, il n'en aura pas, car le mariage étant dissous, il ne pourra plus fonder son droit sur la puis-

(1) En ce sens Aubry et Rau, 5, p. 162 ; Beudant, I, p. 469.

sance maritale, mais seulement sur un intérêt pécuniaire (1).

L'acte ainsi sujet à l'exercice de cette action en nullité peut d'ailleurs être ratifié, et il devient inattaquable. Toute nullité qui n'est que relative, peut en effet se couvrir, et cette ratification peut être expresse ou tacite. Elle peut provenir de l'un quelconque des époux, car chacun ayant une action distincte, toute confirmation de la part de l'un ne doit pas anéantir le droit de l'autre. On a cependant très fortement contesté que la confirmation faite par le mari pendant le mariage, ne détruisît point le droit même de la femme d'attaquer l'acte accompli sans autorisation. On invoque en ce sens d'abord un argument d'analogie tiré de l'article 183, et ensuite cette idée que l'autorisation n'est pas requise dans l'intérêt individuel de la femme, mais dans celui des intérêts matrimoniaux que le mari a charge de soutenir (2). C'est bien là en effet que nous paraît être le nœud de la discussion : il faut d'abord bien s'entendre sur le fondement de l'autorisation maritale. Or nous avons sur ce point donné notre opinion. Nous avons essayé de montrer que le Code civil avait puisé ses règles non

(1) La jurisprudence est en ce sens. Ainsi, dans un arrêt (D. 1873. 2.32) on lit les considérants suivants : « Attendu que le mari a toute liberté d'agir dès l'instant où l'acte a été passé sans autorisation ; que le droit d'attaquer un tel acte cesse au contraire pour lui, en même temps que son autorité par la dissolution du mariage, à moins qu'il n'ait eu à poursuivre la nullité par un intérêt pécuniaire. »

(2) Laurent, 3, p. 203 ; Aubry et Rau, 5, p. 165.

pas dans un système unique et homogène qu'il aurait adopté, mais dans deux traditions parties à l'origine de points de vue très différents. Il nous a semblé que s'il a d'abord basé le droit du mari sur la puissance maritale elle-même, il n'avait pas répudié toute idée de protection de la femme, et que l'article 225, reproduction de l'article 224 de la Coutume de Paris, ne peut guère s'expliquer que par l'introduction dans le Code, d'idées empruntées aux romanistes du XVI^e siècle. Or la loi accorde formellement à la femme une action en nullité contre l'acte accompli sans autorisation. Cette action est bien distincte de celle du mari : l'une ayant pour principe un défaut de protection voulue par la loi, l'autre la méconnaissance d'un droit de puissance sur l'épouse. L'une et l'autre de ces actions doivent se couvrir et se prescrire séparément, et le silence du mari pas plus que son approbation expresse, ne doivent priver la femme d'un droit analogue à attaquer l'acte ou à le ratifier. « L'article 225, dit Beudant (I, p. 472), ouvre deux actions ; rien n'indique qu'elles soient dépendantes l'une de l'autre ; donc la renonciation à l'une n'emporte pas renonciation à l'autre. » Enfin on peut aussi se prévaloir de ce que dans le projet du Code l'article 217 contenait un alinéa ainsi conçu : « Le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. » Or cet alinéa a été supprimé et la disposition qu'il contenait n'a donc pas pris corps dans notre Code.

Et c'est aussi cette opinion qui triomphe dans une jurisprudence constante (1).

La ratification tacite a lieu quand dix ans se sont écoulés depuis la dissolution du mariage sans que l'action en nullité ait été intentée. La prescription ne commence à courir qu'à dater de cet événement (art. 1304) même pour le mari ; son silence pendant le mariage ne pourrait être retourné contre lui. La femme peut aussi confirmer soit expressément, soit tacitement, mais pour une ratification expresse il lui faudra l'autorisation de son mari. En résumé, notre Code édicte donc une nullité relative avec droit bien distinct pour chacun des époux, d'attaquer l'acte vicié ou de le ratifier.

Notons enfin que l'autorisation n'est pas un acte irrévocable, et que le mari peut la retirer, la révoquer, tant que le contrat pour lequel elle a été donnée n'a pas été accompli. Il a en principe cette faculté, même quand ce consentement a été donné pour permettre à la femme d'exercer la profession de commerçante. Il peut aussi révoquer aussi bien l'autorisation supplétive du juge, que celle qu'il avait lui-même donnée. Cette révocation a lieu par acte extra-judiciaire. Cependant l'autorisation du juge donnée au refus du mari ne peut être retirée purement et simplement par le mari ; la seule voie qui lui soit ouverte est alors un recours judiciaire, l'appel.

(1) Voir par exemple les considérants des deux arrêts suivants : D. 1868.2.194 et D. 1873.2.92.

SECTION III. — **Petit aperçu de législation étrangère.**

Jetons brièvement les yeux sur quelques législations étrangères. Une vue générale d'ensemble s'étendant non seulement à l'histoire de notre droit, mais encore aux Codes des autres nations, nous permettra de nous faire une idée plus exacte d'abord de l'utilité de cette autorisation maritale, ensuite du meilleur système vers lequel nos législations devraient tendre.

En Angleterre, la personnalité de la femme est restée longtemps effacée, absorbée dans celle du mari, si bien qu'entre les deux époux aucun contrat n'était possible, car passer acte avec la femme, c'était pour le mari traiter avec lui-même. Le mari était tenu de fournir à son épouse tout ce qui lui était nécessaire, et il devenait responsable des dettes qu'elle contractait pour pourvoir à ses propres besoins, quand il ne s'acquittait pas lui-même de cette obligation. Il pouvait « corriger » sa femme, et comme corollaire, il devait répondre des délits qu'elle commettait. Il avait la jouissance et l'administration de ses immeubles et il était propriétaire de ses meubles sans obligation à restitution. Quant à la femme, puisqu'elle n'avait pas d'existence juridique, elle ne pouvait ni tester, ni contracter, ni plaider. Cette législation dénotait donc un état de civilisation peu avancée. L'*act* du 9 août 1870 ne remédia que partielle-

ment à cette situation inférieure de l'épouse, car il ne lui accorda point encore de capacité juridique. Enfin, une loi nouvelle du 10 août 1882 est venue complètement bouleverser le vieux droit, et donner à la femme une grande indépendance. Comme cela arrive souvent, la réaction a été brusque et violente. Sa capacité est devenue complète, et pour ses biens séparés, elle peut accomplir tous actes sans qu'il lui soit besoin d'autorisation.

En Russie, la femme mariée jouit d'une très grande indépendance, et le consentement de son mari ne lui est jamais nécessaire pour contracter. Le régime matrimonial usité, c'est le régime de séparation de biens. Les deux époux n'ont aucun patrimoine qui leur soit commun, chacun d'eux a ses propres dont il jouit librement, et paie séparément ses dettes sans être tenu de celles de son conjoint. Toutefois, le principe d'obéissance au mari qui existe également dans le droit russe tempère cette large autonomie de la femme et cette violente séparation d'intérêts, si bien qu'en fait sinon en droit, les relations des époux sont plutôt régies, dit Lehr (1), par les principes de la communauté que par ceux de la séparation.

Le Code allemand est lui aussi assez libéral. On n'y trouve nulle idée d'incapacité à raison du sexe, et de protection nécessaire à la femme. Le régime légal est

(1) Collection des Codes étrangers.

le régime sans communauté. Les biens de la femme sont divisés en deux parts : les biens « réservés » sur lesquels elle accomplit librement tout acte juridique sans aucune autorisation ; et les biens non réservés dont le mari a la jouissance. La femme au contraire ne peut disposer de cette dernière catégorie de biens que si elle est autorisée du mari, ou, à son refus, de la justice. Enfin, et c'est là un point important qui marque un grand progrès sur notre Code, l'autorisation n'est plus exigée quand le mari est absent ou malade, pourvu qu'il y ait urgence d'agir, péril en la demeure.

Le nouveau Code civil italien contient d'heureuses innovations dont nos législateurs devraient surtout s'inspirer. D'abord, il supprime l'autorisation supplétive du juge aux cas de minorité, absence ou interdiction du mari ; et il supprime l'autorisation maritale aussi, au cas où la séparation de biens a été prononcée par la faute de ce dernier (art. 135). En second lieu, il décide que l'autorisation devra émaner du tribunal chaque fois qu'il y aura opposition d'intérêts entre les deux époux. Ainsi le Code italien ne se méfie pas comme le nôtre des aptitudes de la femme ; comme Beaumanoir, il la déclare pleinement capable d'agir seule, quand son mari n'est pas en état de diriger le ménage et de l'autoriser ; mais en revanche, il se défie des artifices auxquels certains maris peuvent recourir, et de la contrainte qu'ils peuvent exercer sur leurs épouses pour se faire stipuler dans un contrat des avantages pécuniaires. D'où cette dis-

position de l'article 136 défendant à la femme de contracter avec son mari sans l'autorisation et le contrôle de la justice. Ce système est absolument l'inverse du nôtre, qui veut protéger la femme vis-à-vis des tiers, mais la laisse désarmée en face de son mari quand il devient son adversaire dans un acte juridique. Enfin c'est encore une sage disposition, à notre avis, que celle édictée dans l'article 134 qui permet les autorisations générales, pourvu qu'elles soient donnés par acte public.

Les Codes portugais et espagnol présentent également un progrès des idées sur notre législation. Le Code portugais qui fait de l'union conjugale une société d'intérêts très intime, ne connaît pas lui non plus l'autorisation supplétive. La femme, qui peut administrer les biens de la communauté quand le mari en est empêché, peut aussi s'engager sans autorisation quand son époux est absent ou empêché, et qu'il y a nécessité d'agir immédiatement. Et pour compléter cette conception d'une association pleine et entière, ce même Code défend au mari d'aliéner des immeubles, ou d'ester en justice sur des questions de propriété, sans le consentement de la femme. On peut dire qu'il y a ici un retour aux très vieux coutumiers chez qui les deux conjoints étaient réellement deux co-associés (1).

(1) Art. 1116, 1189, 1191, 1192, 1193, 1194, 1200. De plus, la femme peut même plaider toujours sans autorisation « pour toutes les actions qui ont uniquement pour objet la conservation ou la sûreté de

Le Code espagnol est allé moins loin que ce dernier dans cette voie d'une association parfaite d'administration. Mais ici encore l'autorisation supplétive de justice est supprimée au cas d'absence du mari. Elle n'a disparu qu'en partie pour le cas du mari prodigue où la femme alors administre bien librement ses propres et les biens communs, mais ne peut les aliéner sans autorisation de justice. Le mari seul et ses héritiers peuvent intenter l'action en nullité pour défaut d'autorisation (1).

ses droits propres et exclusivement personnels ».

L'art.1200 accorde l'action en nullité pour défaut d'autorisation au mari seul et à ses héritiers. C'est encore ici le système de Beaumanoir.

(1) Art. 59, 61, 65, 188, 225, 1387.

CONCLUSION

Ainsi cette étude historique nous montre qu'on peut se faire deux conceptions différentes de l'autorisation maritale. On peut d'abord donner à cette institution les caractères d'une mesure de protection à l'égard de la femme, et on peut aussi la considérer comme une marque de la suprématie civile de l'homme, chargé par la loi de diriger la vie économique de la société conjugale. Le premier système est un écho de l'antique tutelle des femmes : celles-ci, écartées des offices virils comme inaptes à remplir ces fonctions, étaient en outre dans le cercle de la vie privée, placées sous la surveillance d'un tuteur appelé à les assister dans tous les actes juridiques. Cette théorie de l'infériorité sexuelle maladroitement implantée dans le droit coutumier par les romanistes de la renaissance, qui ne faisaient d'ailleurs en cela que répondre aux vœux des canonistes, a fortement influé sur les rédacteurs du Code civil. Seulement, pour rester logiques, il leur aurait fallu accepter intégralement l'idée de tutelle féminine et ses conséquences. Or, ils n'ont appliqué le principe qu'à la femme mariée et ils ont déclaré capables la fille et la veuve, si bien que la conception par le code de l'autorisation maritale ne cadre plus du tout avec la notion qui lui a servi de base.

et se trouve semée de contradictions avec d'autres dispositions de nos lois concernant les femmes. Il fallait ou bien admettre complètement l'idée romaine de l'incapacité juridique du sexe féminin, ou bien rejeter totalement cette doctrine sans en retenir certaines de ses parties. Le Code échapperait alors au reproche d'illogisme, et l'on ne pourrait plus dire que ses dispositions sur notre point, ne sont pas homogènes et ne sont qu'une combinaison peu juridique de différentes traditions historiques. Or il est bien évident que l'idée de tutelle féminine n'est plus en rapport avec nos conceptions modernes. Cette opinion que la femme est un être inexpérimenté, et que l'autorisation maritale est un remède à sa faiblesse, a vécu. On ne croit plus aujourd'hui à la fragilité du sexe, on est d'accord pour reconnaître aux femmes, au moins assez d'aptitudes pour conduire tous les actes de leur vie juridique, sans qu'il soit besoin de les humilier, en les assimilant à des mineurs ou à des déments. Elevées par la civilisation et le christianisme à un rang d'égalité avec l'homme, on ne conçoit plus que dans le cercle des relations civiles, elles soient frappées d'incapacité, et que leur personnalité ait besoin d'être complétée. Aussi, nous l'avons vu dans un court aperçu de législation étrangère, tous les Codes plus récents que le nôtre et qui ont conservé l'autorisation maritale, n'invoquent plus du tout cette idée vieillie de « l'imbécillité du sexe ».

Revenant à la théorie plus vraie des coutumiers du

XIII^e siècle, ils font purement et simplement découler l'état de dépendance de l'épouse vis-à-vis de son mari, de la nécessité d'une direction à la société conjugale. La femme, mariée ou non sous le régime de communauté, doit être soumise au mari non point parce qu'elle est femme et par conséquent peu initiée à la pratique des affaires, mais parce qu'à toute société il faut un chef, et qu'à ce rôle l'homme par son éducation et aussi par ses qualités physiques, est mieux préparé que sa compagne. On sait que les projets de la Révolution avaient essayé de supprimer cette prééminence maritale dans la vie civile, et d'organiser l'administration commune des patrimoines conjugaux. Mais on sait aussi qu'il n'y eut là qu'un élan généreux vers la conception d'une société idéale réalisant complètement la parfaite égalité des sexes. Il en fut de ce projet comme alors de beaucoup d'autres desseins chimériques inspirés par l'audace et la générosité des hommes de la Révolution. Après de belles paroles, on dut l'abandonner pour rétablir au sein des ménages une autorité et une direction. Ce qui est donc vrai, c'est que l'autorisation maritale tempérée par l'appel possible au juge, est une institution nécessaire à la bonne harmonie de la vie domestique, et à la meilleure gestion des biens de la famille. Ce qui est faux au contraire, c'est de vouloir conserver un écho des règles antiques sur la tutelle des femmes, et de chercher à combiner avec cette théorie d'un autre temps et d'un autre régime, une institution née seule-

ment au moyen âge et répondant à une conception que Rome n'a jamais connue. Et c'est ainsi que nos législateurs contemporains, dans les lois postérieures au Code, oubliant tout à fait cette idée aussi fausse qu'humiliante de la faiblesse intellectuelle du sexe, ont affirmé leur intention d'élargir la capacité civile de la femme, tout en la restreignant dans les sages limites de l'autorité maritale.

Lors de la discussion de la loi du 6 février 1893 sur la séparation de corps, M. Falcimaigne s'écriait : « Nous sommes d'accord pour reconnaître que dans notre droit actuel, l'idée de soumettre la femme à l'autorité du mari, n'a point été inspirée au législateur, par la crainte qu'aurait pu faire naître dans son esprit, l'incapacité, l'inexpérience ou la légèreté de la femme... aujourd'hui le principe de l'autorité maritale, repose, certainement et uniquement, sur cette seule idée que le mariage constitue une petite société, et que dans cette petite société comme dans les grandes, il faut sous peine d'anarchie un gouvernement et un chef (1). » Ces paroles résument très bien la conception que l'on doit se faire de l'autorisation maritale. Beaumanoir et Coquille ne pensaient pas autrement, et c'est à leur tradition qu'après bien des tâtonnements et des déviations, nos légistes retournent aujourd'hui. D'assez nombreuses lois sont venues, pendant ces dernières années, étendre les droits de la femme

(1) *Journal officiel*, 1893, séance du 16 janvier.

et soustraire à l'application de l'autorisation maritale certains actes de l'épouse (1). Elles sont la manifestation d'un mouvement d'opinion, qui, s'éloignant toujours des idées romaines et canoniques sur l'*infirmitas sexus*, tend à associer de plus en plus l'épouse à la conduite de la société conjugale, et à lui rendre plus d'indépendance au foyer domestique. Gide a dit « qu'à chaque pas nouveau qu'a fait la femme vers l'égalité civile, l'on a vu les mœurs publiques s'épurer ou s'adoucir ». Il est en tous cas bon de remarquer que ce « pas nouveau » déjà accom-

(1) Parmi ces lois, citons les principales :

1° L'article 12 du décret du 31 août 1878 réglant la condition des transportés concessionnaires de terrains dans les colonies pénitentiaires, décide que la femme transportée et mariée et à laquelle une concession est accordée, est dispensée de l'autorisation maritale et de celle de la justice pour tous les actes relatifs à l'administration, à l'exploitation et à la jouissance de la concession si le mari ne réside pas dans la colonie ;

2° La loi du 9 avril 1884 sur les Caisses d'épargne a autorisé la femme mariée à verser à la Caisse d'épargne postale des sommes qu'elle peut retirer seule, sans l'assistance de son mari, à moins que ce dernier ne fasse opposition (art. 6, § 5) ;

3° La loi du 20 juillet 1886 relative à la Caisse nationale de retraite pour la vieillesse stipule que « les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, sont admises à faire des versements sans l'assistance du mari (art. 13) ;

4° La loi importante du 6 février 1893 qui affranchit la femme séparée de corps de toute autorisation ;

5° La loi du 29 novembre 1897 qui accorde à la femme majeure le droit d'être témoin dans les actes de l'état civil et dans les actes instrumentaires en général ;

6° Enfin une proposition de loi a été déposée à la Chambre le 12 janvier 1894 : « Quel que soit le régime adopté par les époux, dit l'article unique, la femme a le droit de recevoir sans le concours de son mari les sommes provenant de son travail personnel et d'en disposer librement. »

pli dans les pays voisins et que l'on tente aujourd'hui chez nous, n'est pas une découverte, au sens propre du mot, mais un retour à nos vieux coutumiers. C'est une preuve qu'en législation, le progrès consiste parfois à revenir en arrière, et que, loin de mépriser le passé, il faut toujours le consulter.

Vu :

Le Président de la thèse,
LEFEBVRE.

Vu :

Le Doyen,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
 CHAPITRE I. — Origines de l'institution	 5
 CHAPITRE II. — L'autorisation au XIII ^e siècle	 36
§ 1. — Conception générale.	36
§ 2. — Domaine géographique.	42
§ 3. — Cas d'application	47
§ 4. — Quelques particularités.	56
§ 5. — Améliorations apportées par le vieux droit . .	59
§ 6. — Sanction du défaut d'autorisation	68
 CHAPITRE III. — L'autorisation maritale après le XV ^e siècle.	 73
SECTION I. — L'influence romaine et le droit canon. . .	73
§ 1. — Influence romaine	73
§ 2. — Influence canonique.	80
SECTION II. — Les conceptions de l'autorisation après le XV ^e siècle.	84
SECTION III. — Les applications de l'autorisation maritale. .	95
§ 1. — Cas où elle était nécessaire	95
§ 2. — Cas où l'application ordinaire de la règle était modifiée	103
§ 3. — Forme de l'acte d'autorisation.	117
§ 4. — Autorisation de justice	125
§ 5. — Sanction du défaut d'autorisation.	134

CHAPITRE IV. — Le Code civil. — Idées générales. . .	147
SECTION I. — Les travaux préparatoires	147
SECTION II. — Le Code civil.	153
§ 1. — Conception générale.	153
§ 2. — Cas d'application.	161
§ 3. — Forme de l'acte d'autorisation.	165
§ 4. — Autorisation de justice.	169
§ 5. — Sanction.	174
SECTION III. — Petit aperçu de législation étrangère . .	179
CONCLUSION	185

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
